Die Stellung des Angeschuldigten

im bernischen Strafverfahren erster Instanz mit Einschluss des Vorverfahrens

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der Universität Bern

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

eingereicht von

Fürsprecher **Heinz Meyer** von Oberbipp

Bern Gedruckt bei Eicher & Roth 1942

Die Fakultät hat diese Arbeit am 5. März 1942 auf Antrag von Prof. Dr. Ph. Thormann als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Die Stellung des Angeschuldigten

im bernischen Strafverfahren erster Instanz mit Einschluss des Vorverfahrens

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der Universität Bern

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

eingereicht von

Fürsprecher **Heinz Meyer** von Oberbipp

Bern Gedruckt bei Eicher & Roth 1942

Abkürzungen

BV	Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874.
EG zum StGB	Gesetz betreffend die Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 3. Juni 1940.
Gesetz vom 19. Mai 1851	Gesetz betreffend die Verantwortlichkeit der öffentlichen Behörden und Beamten vom 19. Mai 1851.
GO	Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 31. Januar 1909.
GVSt	Gesetz über das Verfahren in Strafsachen vom 2. März 1850, neu promulgiert am 29. Juni 1854.
KV	Staatsverfassung des Kantons Bern vom 24. April/4. Juni 1893.
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893.
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937.
StrV	Gesetz über das Strafverfahren des Kantons Bern vom 20. Mai 1928.
WHG I	Gesetz über Massnahmen zur Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichtes im Staatshaushalt vom 30. Juni 1935.
Z	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
ZPO	Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

I. KAPITEL.

Einleitung und Allgemeines.

Seiten

§ 1. *Einleitung* 7

§ 2. *Begriff des Strafprozesses und Fundamentalprinzip* 8
I. Begriff 8
II. Fundamentalprinzipien 9
III. Das Inquisitionsprinzip 10
IV. Das Akkusationsprinzip 10
V. Das gemischte Prinzip 10

§ 3. *Die Parteistellung des Angeschuldigten* 13
I. Der Angeschuldigte 13
II. Der Begriff der Partei 15

§ 4. *Rechte und Pflichten des Angeschuldigten; Formvorschriften als Sicherungen* 19
I. Allgemeines 19
II. Rechte des Angeschuldigten 20
III. Pflichten des Angeschuldigten 22
IV. Formvorschriften als Sicherungen des Angeschuldigten 23

§ 5. *Die Pflichten des Angeschuldigten im Strafverfahren* 24
I. Echte Pflichten 24
II. Unechte Pflichten 25

II. KAPITEL.

Das polizeiliche Ermittlungsverfahren.

§ 6. *Struktur und Aufgabe* 27
I. Struktur 27
II. Umfang der polizeilichen Ermittlungen 28

§ 7. *Die Stellung des Verdächtigten* 30

III. KAPITEL.

Die Voruntersuchung.

§ 8. *Die Stellung des Angeschuldigten in der Voruntersuchung* 34
I. Die Eröffnung der gerichtlichen Strafverfolgung 34
II. Sicherung des Angeschuldigten durch Trennung der Prozessfunktionen 34
III. Struktur der Voruntersuchung 36

§ 9. *Prinzip der Unschuldsvermutung und Recht auf gebührliche Behandlung* 38
I. Praesumptio boni viri 38
II. Recht auf gebührliche Behandlung 39

§ 10. *Der Anspruch auf rechtliches Gehör* 39
I. Begriff 40
II. Die Abhörung des Angeschuldigten 40
III. Recht auf Anwesenheit bei antizipierten Beweisaufnahmen . . 43
IV. Das Recht auf Akteneinsicht 44

Seiten

V. Das Antragsrecht des Angeschuldigten 45
VI. Das Beschwerderecht 46

§ 11. Recht auf Aussageverweigerung und sogenanntes Recht auf Lügen . . 47

§ 12. Die Verteidigung des Angeschuldigten 49
I. Begriff 49
II. Materielle Verteidigung 49
III. Die formelle Verteidigung 51
IV. Die Wahlverteidigung 53
V. Die notwendige und amtliche Verteidigung 55

§ 13. Stellung des Angeschuldigten bei den beweis- und strafsichernden Massnahmen 57
I. Die Zwangsmittel im allgemeinen 57
II. Die Vorführung 58
III. Die Verhaftung 58
IV. Die Verbringung des Angeschuldigten in eine Irrenanstalt . . 63
V. Die Beschlagnahme 63
VI. Die Durchsuchung 64
VII. Die Untersuchung des Angeschuldigten 65

§ 14. Entschädigung für unbegründete Verhaftung und die durch die Untersuchung erlittenen Nachteile 66

IV. KAPITEL.

Das Ueberweisungsverfahren.

§ 15. Die Einleitung des Hauptverfahrens 71

§ 16. Rechte und Sicherungen des Angeschuldigten 72
I. Allgemeines 72
II. Ueberweisung durch Untersuchungsrichter und Bezirksprokurator 72
III. Ueberweisung durch die Anklagekammer 74

V. KAPITEL.

Das Hauptverfahren.

§ 17. Aufbau des Hauptverfahrens 75
I. Allgemeines 75
II. Das Prinzip der Waffengleichheit 76

§ 18. Die Stellung des Angeschuldigten 77
I. Recht auf Anwesenheit 77
II. Aktives rechtliches Gehör 78
III. Recht auf Verkehr mit Verteidiger 79
IV. Passives rechtliches Gehör 79

§ 19. Das Kontumazialverfahren 82

§ 20. Das Recht auf endgültige Beurteilung 83

Literaturverzeichnis

(Die nur für die Ausarbeitung einzelner Paragraphen herangezogene Literatur wird hier nicht angeführt.)

Amrhein J. Alb.: Strafprozessreform. Zürich, 1908.

Bachtler Bruno: Der Angeschuldigte im schweizerischen Strafprozessrecht; seine Stellung, insbesondere seine Rechte. Diss. Bern, 1909.

Beyeler Robert: Les garanties du prévenu dans l'enquête préliminaire en droit vaudois. Diss. Lausanne, 1901.

Bloch Walter: Das Vorverfahren nach dem Vorentwurf einer Strafprozessordnung für den Kanton Bern (1912). Diss. Bern, 1931.

Burckhardt Walter: Einführung in die Rechtswissenschaft. Zürich, 1939.
— Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. Basel, 1927.

von Dach Rudolf: Grundsätze der Vollstreckung im Strafrecht. Diss. Bern, 1938.

Graf zu Dohna Alexander: Das Strafprozessrecht. Berlin, 1929.

Fleiner Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes. Zürich, 1939.

Florian Eugenio: Diritto processuale penale. Torino, 1939.

Garraud R.: Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale. Paris, 1907.

Gleispach Wenzelaus: Der österreichische Strafprozess. Wien, 1913.

Gossweiler Otto: Die Stellung des Angeschuldigten im Vorverfahren nach aargauischem Strafprozess. Diss. Bern, 1940.

Hafter Ernst: Die Stellung des Angeschuldigten in der Voruntersuchung nach zürcherischem Strafprozess. Z. 15, S. 345—369 (1902).

Hodler Jakob und Wenger Gottlieb: Systematische Zusammenstellung der Strafprozessgesetze für die Republik Bern mit Anmerkungen. Bern, 1846.

Jaeggi Otto: Das Ueberweisungsverfahren im bernischen Strafprozess. Diss. Bern, 1935.

Kolb Friedrich: Die Verwerflichkeit der Grundlage des französischen, nun auch in Deutschland eingeführten Strafrechtsverfahrens und die Notwendigkeit einer wahren Sicherung der persönlichen Freiheit. Speyer, 1851.

von Kries August: Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechtes. Freiburg i. Br., 1892.

Krauer Max: Die Gestaltungsprinzipien und Subjekte des bernischen Strafverfahrens erster Instanz. Diss. Bern, 1933.

Lanz Ernst: Die Stellung des Verteidigers im bernischen Strafverfahren. Diss. Bern, 1939.

Leuch G.: Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar. Bern, 1937.

von Lilienthal Karl: Strafprozessrecht. Berlin, 1923.

Lohsing Ernst: Oesterreichisches Strafprozessrecht. Wien, 1932.

Löwe E.: Die Strafprozessordnung für das deutsche Reich, Kommentar. Berlin, 1890.

Marcy Henri: L'accusé devant la loi pénale de France. Paris, 1889.

Meier Albert: Die Geltung der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. im Gebiete der heutigen Schweiz. Diss. Bern, 1910.

Meyer Carl: Kritische und vergleichende Darstellung der Strafverfolgung und Voruntersuchung nach den kantonalen Gerichtsorganisationen und Strafprozessordnungen. Diss. Zürich, 1897.

Meyer Hugo: Die Mitwirkung der Parteien im Strafprozess. Erlangen, 1873.

Pfenninger H. F.: Das Materialprinzip des Strafprozessrechtes. Z. 31, S. 61—140.

— Die Strafberechtigten in der Geschichte. Z. 32, S. 32—111.

— Die zürcherische Strafprozessreform. Z. 32, S. 340 ff.

Pfotenhauer Eduard: Die Vorzüge des neuen bernischen Strafprozessgesetzes, Rektoratsrede. Bern, 1850.

Rosenfeld Ernst: Deutsches Strafprozessrecht, I und II. Berlin, 1926.

Röthlisberger Werner: Begriff, Stellung und Aufgabe der Kriminalpolizei. Diss. Bern, 1935.

Ruck Erwin: Schweizerisches Verwaltungsrecht. Zürich, 1939/40.

Ruth Max: Der Verteidiger im schweizerischen Strafprozessrecht. Diss. 1904.

Sandmeyer Max: Die Untersuchungshaft im schweizerischen Strafprozessrecht. Diss. Bern, 1909.

Stamm Hans: Der Beschuldigte und sein Verteidiger im schaffhauserischen Recht. Diss. Bern, 1940.

Stämpfli Franz: Die Reform der Voruntersuchung, insbesondere nach dem bernischen und eidgenössischen Strafprozessentwurf. ZbJV 63, S. 49 ff. und S. 97 ff.

Thormann Philipp: Bericht über die Revision des Strafverfahrens des Kantons Bern, der Justizdirektion erstattet. Bern, 1906. Auch publiziert in: Z. 20, S. 63 ff.

— Erläuterungen zum Vorentwurf einer Strafprozessordnung für den Kanton Bern. Bern, 1912.

— Erläuterungen zum Entwurf einer Strafprozessordnung für den Kanton Bern. Bern, 1926.

— Die Justizreform im Kanton Bern. Z. 17, S. 172—177.

— Notizen über die Sitzungen der mit der Prüfung und Besprechung des Berichtes über die Revision des Strafverfahrens des Kantons Bern beauftragten Kommission. Bern, 1906/07.

— Ueber die amtliche Verteidigung. ZbJV 40, S. 257 ff. und S. 317 ff.

Trüssel Friedrich: Das Institut der Staatsanwaltschaft im bernischen Recht. Diss. Bern, 1909.

Vargha Julius: Das Strafprozessrecht. Berlin, 1907.

Waiblinger Max: Das Strafverfahren des Kantons Bern. Langenthal, 1937.

Zachariae Heinrich: Handbuch des deutschen Strafprozesses I und II. Göttingen, 1861/68.

Zürcher Johann: Die Prinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit und ihre Anwendung im neuen bernischen Strafverfahren. Diss. Bern, 1936.

I. KAPITEL.

Einleitung und Allgemeines.

§ 1. Einleitung.

Im Strafverfahren soll festgestellt werden, ob und in welchem Masse der Staat auf Grund des materiellen Strafrechtes gegen eine Person eine Strafe in Anwendung bringen dürfe. Nicht die Strafe, sondern nur die Gerechtigkeit ist Zweck des Strafverfahrens.

Dem Angeschuldigten kann sowohl durch das Feststellungsverfahren selbst, wie besonders auch durch dessen mögliches Resultat, die Strafe, ein schwerer Schaden zugefügt werden. Dass dies nicht zu Unrecht geschehe, sucht der Staat durch die Aufstellung eines Gesetzes über den Strafprozess zu erreichen.

Die Stellung des Subjektes, dessen Schuld im Strafverfahren untersucht wird, bildet das Zentralproblem jeder strafprozessualen Verfahrensregelung. Der Gesetzgeber muss sich immer fragen, wie die beiden sich widerstreitenden Interessen, das Interesse der Gesellschaft an der Bekämpfung des Verbrechertums und das ebenfalls soziale Interesse, das menschenwürdige Behandlung jedes Angeschuldigten und Verhinderung der Verurteilung eines Unschuldigen verlangt, zu vereinen sind [1]). Es ist der Wunsch aller, dass gegen bekannte und offenkundige Verbrecher mit aller Strenge vorgegangen wird. Im Vorgehen gegen bisher unbescholtene Bürger dagegen treten menschenfreundlichere Gedanken hervor. Eine Strafprozessordnung muss so gestaltet sein, dass der Angeschuldigte vom Volke nicht als ein Unglücklicher betrachtet wird, der in ein gefährliches Verfahren hineingezogen wird, dem gegenüber er machtlos ist, sondern so, dass das gesamte Volk im Verbrecher einen Feind der Menschheit sieht und sich bei der Verbrechensbekämpfung beteiligt fühlt.

Die historischen Strafprozessordnungen haben entweder mehr gegen den Pol der Sicherheit der Allgemeinheit oder aber mehr gegen den Pol des Rechtsschutzes des Bürgers geneigt. Erst die moderne Prozessrechtswissenschaft hat erkannt, dass das Interesse des Staates an der Verbrechensbekämpfung und das soziale Interesse an einer würdigen Stellung des Angeschuldigten nicht zwei unvereinbare Gegensätze bilden, sondern zwei Aufgaben, die ein modernes Prozessgesetz gleichzeitig lösen kann.

Die Stellung des Angeschuldigten im Strafverfahren hängt eng mit der staatsrechtlichen Auffassung des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger zusammen. Je nach der rechtlichen Ausgestaltung dieses Gewaltverhältnisses ist auch die dem Angeschuldigten im Strafverfahren zukommende Stellung gestaltet.

---

[1]) Hafter Z. 15, S. 362; Ruth S. 8; Kolb S. 25.

Das Strafverfahren vom 20. Mai 1928 stellt eine den Ideen des Rechtsstaates entsprechende Verfahrensordnung dar, in welcher sowohl die Sicherheit der Allgemeinheit, wie auch der Rechtsschutz des Bürgers verwirklicht wird. Wenn in der vorliegenden Arbeit die Stellung des Angeschuldigten vom Standpunkt der ihm gewährten Rechte und Sicherungen aus betrachtet wird, soll damit gezeigt werden, wie im Verfassungsgrundsatz der persönlichen Freiheit nicht nur ein leerer Wortschall liegt.

§ 2. Begriff des Strafprozesses und Fundamentalprinzip.

I. Begriff.

Um das materielle Strafrecht zu verwirklichen, bedarf der Staat einer Einrichtung der Verbrechensverfolgung und des Strafvollzuges [1]). Da nach heutiger Auffassung nicht nur dem Staate die Möglichkeit der wirksamen Sicherung und Realisierung seiner Strafgewalt, sondern auch dem Bürger Garantien gegen Uebergriffe der staatlichen Strafgewalt geboten werden sollen, wird die Bestrafung einer Person von einem gerichtlichen Verfahren abhängig gemacht. Zur Verwirklichung des materiellen Strafrechtes in einem einzelnen Falle dienen demnach die Verfolgung des Verbrechers, die gerichtliche Aburteilung und der Strafvollzug. Alle diese der Verwirklichung des Postulates der Gerechtigkeit dienenden Handlungen bilden Gegenstand des Strafverfahrens im weitern Sinne. — *Strafverfahren i. w. S.* ist der Inbegriff der Handlungen, die sich auf die Verfolgung der Rechte des Staates gegen den Rechtsbrecher beziehen und zum Zwecke haben, die Schuld oder Schuldlosigkeit eines Angeschuldigten mit möglichster Zuverlässigkeit auszumitteln und darüber zu urteilen, sowie das Urteil zu vollziehen [2]).

Das Ermittlungsverfahren, das gerichtliche Verfahren und der Strafvollzug haben ihre besondern Eigenarten und Aufgaben. Nur während des gerichtlichen Verfahrens kann von Prozeßsubjekten, die mit Rechten und Pflichten ausgestattet sind, die Rede sein. In diesem engern Sinne ist nur das gerichtliche Verfahren, in welchem über Existenz und Umfang des staatlichen Strafanspruches entschieden wird, Strafverfahren. — *Strafverfahren i. e. S.* ist die Summe der gesetzlichen Vorschriften, die das Verfahren regeln, in welchem festgestellt wird, ob die Voraussetzungen für die Anwendung des staatlichen Strafzwanges gegeben sind [3]) [4]).

Der Strafprozess ist nicht bloss ein faktischer, sondern ein rechtlicher Vorgang, d. h. ein Prozessverfahren. Die Rechtsbeziehungen zwischen den im Verfahren handelnden Subjekten werden durch das Gesetz geregelt. Damit ist der Strafprozess ein Rechtsverhältnis, in dem die Rechte und Verbindlichkeiten der

[1]) von Kries S. 1 f.; Lohsing S. 3.
[2]) Hodler und Wenger S. 113.
[3]) Graf zu Dohna S. 2; Lohsing S. 1; von Kries S. 4; Vargha S. 1; Gleispach S. 1, u. a. m.
[4]) Aus einer Definition lässt sich nicht mehr entnehmen, als man vorher in sie hineingelegt hat.

am procedere Beteiligten geregelt werden [5]). Erst seit dem GVSt ist das Strafverfahren ein Rechtsverhältnis, das den Beteiligten Rechte begründet und Pflichten auferlegt. Vor dem GVSt hatten wir kein eigentliches Strafverfahren, sondern nur Weisungen der Obrigkeit an die Gerichtsbehörden.

Die herrschende Lehre betrachtet den modernen Strafprozess i. w. S. als ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis, das in enger Beziehung zum Verfassungsrecht steht und in starkem Masse von der staatsrechtlichen Entwicklung abhängt [6]). Da die Strafe einen Ersatz für den Zwang bildet, entstehen nun eigentlich in dem Verfahren, wo der Staat den Inhalt und Umfang seiner Strafberechtigung feststellt, nicht neue Rechte und Pflichten des Angeschuldigten, sondern es sollen nur die bestehenden erzwungen werden [7]). Dadurch unterscheidet sich das Rechtsverhältnis im Strafverfahren von den übrigen öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnissen. Das Rechtsverhältnis zwischen den Subjekten des Strafverfahrens ist eine Konstruktion des Staates nach der heute herrschenden Rechtsauffassung. Unter dieses Rechtsverhältnis fallen nach bernischer Auffassung alle jene gesetzlich geregelten Handlungen, welche zur Ermittlung, urteilsmässigen Feststellung und Verwirklichung des staatlichen Strafanspruches dienen. Der Begriff des Strafverfahrens wird also i. w. S. verwendet.

II. Fundamentalprinzipien.

Unter Prinzipien des Strafprozesses werden die die Tätigkeit der Gerichte und Prozessbeteiligten beherrschenden und leitenden Grundsätze verstanden [8]). Es darf die Bedeutung solcher Gestaltungsprinzipien nicht überschätzt werden, denn « mit einem Prinzip errichtet man keine Rechtsgebäude »[9]).

Im StrV ist denn auch kein Gestaltungsprinzip ausnahmslos durchgeführt. Neben den auf einzelne Prozeßstadien oder Prozessakte Anwendung findenden Prinzipien wie Schriftlichkeit und Mündlichkeit, Oeffentlichkeit und Heimlichkeit, Offizialmaxime, Verhandlungsmaxime, materielle Wahrheit, Unmittelbarkeit und Legalitätsprinzip, liegt jedem Strafprozess ein Fundamentalprinzip zugrunde. Die Fundamentalformen gehen von der verschiedenen Verteilung der jedem Strafprozess innewohnenden Hauptfunktionen der Anklage, Verteidigung und Entscheidung aus. Nach inquisitorischem Prinzip sind diese drei Funktionen in der Hand des Richters vereint und nach akkusatorischem Prinzip auf verschiedene Prozeßsubjekte verteilt [10]). Zum Verständnis der Stellung des Angeschuldigten im Strafverfahren muss auf diese Fundamentalformen näher eingetreten werden, denn alle die tiefgreifenden Unterschiede zwischen inquisitorischem und akkusatorischem Verfahren wurzeln in der dem Angeschuldigten eingeräumten Stellung [11]).

---

[5]) Lohsing S. 2.
[6]) KV Art. 73—76.
[7]) Burckhardt: Organisation S. 282; von Dach S. 40.
[8]) Rosenfeld S. 34.
[9]) Wach: Struktur des Strafprozesses, in Festgabe für K. Binding. 1914, S. 14.
[10]) Florian S. 66 f.
[11]) Meyer Carl S. 135.

III. Das Inquisitionsprinzip.

Der Inquisitions- oder Untersuchungsprozess des Polizeistaates behandelte den Angeschuldigten lediglich als Objekt der Untersuchung. Diese Stellung entsprang der staatsrechtlichen Auffassung, wonach die Untertanen blosse Objekte des staatlichen Herrschaftsrechtes seien. Die Uebermacht der Staatsgewalt im Polizeistaat war in der Anschauung begründet, dass das Individuum in den Zwecken der Staatsgemeinschaft aufzugehen habe. Daraus ergab sich eine Form des Strafprozesses, die von einer Sicherung der bürgerlichen Freiheit fast völlig absah [12]). Das jedem Strafverfahren obschwebende Ziel der gerechten Entscheidung der Schuldfrage wurde zur gesetzlichen Aufgabe des Richters gemacht, und es erschienen in der Person des Richters die Funktionen der Anklage, Verteidigung und Prozessleitung vereinigt. Als Konsequenzen des inquisitorischen Prinzips ergab sich, dass der Richter über Eröffnung, Fortsetzung und Ausdehnung des Prozesses nach eigenem Ermessen bestimmte und er allein das für die Urteilsfällung notwendige Material herbeischaffte. Dem Angeschuldigten kamen dabei weder eine Parteirolle noch Rechte zu. Als Objekt der Untersuchung wurde er für die Zwecke derselben auch wider seinen Willen benutzt. Die Form des inquisitorischen Verfahrens war bestimmt durch die Schriftlichkeit, Heimlichkeit und Mittelbarkeit der Beweisaufnahme [13]).

IV. Das Akkusationsprinzip.

Im akkusatorischen Strafprozess wird der Angeschuldigte als Prozeßsubjekt anerkannt, und er tritt als berechtigte Prozesspartei auf. Die Erreichung des Endzweckes des Verfahrens, die Erforschung materieller Wahrheit und Realisierung begriffsmässiger Gerechtigkeit, bleibt dieselbe wie im inquisitorischen Prozesse [14]). Aber dieses Ziel wird erreicht durch Vorbringen des Angriffs und der Verteidigung durch die selbständigen Subjekte des Anklägers und des Angeklagten, die sich in gleichberechtigter Stellung gegenüberstehen und vom Richter in einer kontradiktorischen Verhandlung geleitet werden [15]). Aus dem akkusatorischen Prinzip ergeben sich als Folgerungen, dass Angriff und Verteidigung durch die Parteien erfolgen, während der über den Parteien stehende Richter an die Anträge der rechtsverfolgenden und verteidigenden Subjekte gebunden ist. Es ist Sache der Parteien, das Material für die Beurteilung zu sammeln und vorzulegen. Das akkusatorische Verfahren wird beherrscht von den Grundsätzen der Mündlichkeit, Oeffentlichkeit und Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme.

V. Das gemischte Prinzip.

Als sich das moderne Rechtsbewusstsein gegen die Nichtanerkennung individueller Berechtigung auflehnte und den absolutistischen Polizeistaat in einen die bürgerliche Freiheit fördernden Rechtsstaat umgestaltete, wurde so-

[12]) Vargha S. 35 ff.; Krauer S. 20 ff.
[13]) Zachariae Bd. I, S. 42 f.; Lohsing S. 45.
[14]) Vargha S. 37; Krauer S. 25 ff.
[15]) Zachariae Bd. I, S. 42.

fort die Reform des Strafprozesses verlangt. Die Helvetik proklamierte mit den Grundsätzen der Volkssouveränität, der Freiheit und Gleichheit auch die Reform des Strafverfahrens. In der sturmbewegten Zeit gelang jedoch ein solches Gesetzgebungswerk nicht. Es wurden die Fundamente des neuen politischen Lebens schon durch die Mediationsakte vom 19. Februar 1803 und noch mehr durch die « urkundliche Erklärung » vom 21. September 1815 wieder arg beschnitten. Auf die Restaurationszeit folgte die Verfassungsbewegung der Jahre 1830—31. Durch die bernische Staatsverfassung vom 31. Heumonat 1831 wurde der Grundsatz der Volkssouveränität wieder in den Vordergrund gerückt und aus dem Polizeistaat der moderne Rechtsstaat. Auf diesem Boden konnte das reformierte Strafverfahren von 1850/54 (GVSt) entstehen, das mit dem reinen Inquisitionsprinzip brach.

Der kontinentale Inquisitionsprozess sündigte in der Missachtung der Freiheitsrechte des beschuldigten Bürgers, während der moderne Anklageprozess dem Sicherheitsbedürfnis zu wenig Rechnung trägt. Wie jede Reaktion zunächst das Gleichgewicht übers Mass hinaus stört, führte in einzelnen Staaten die Reaktion gegen die Rechtlosigkeit des Angeschuldigten im Inquisitionsprozess zu einer derartigen Steigerung seiner Schutzrechte, dass die Anforderungen der sozialen Verteidigung gefährlich gestört wurden [16]).

Die Erforschung der materiellen Wahrheit und die Sicherung des Angeschuldigten kann nach dem Anklage- oder Untersuchungsprozess gestaltet sein. Beide Prinzipien führen auf verschiedenem Wege zur Erreichung des Zieles des Strafprozesses [17]). Doch tragen beide Prinzipien nur für gewisse Stadien des Verfahrens eine innere Berechtigung. Das StrV berücksichtigt denn auch beide Fundamentalprinzipien. Es sieht damit von einer reinen Durchführung dieses oder jenes Grundsatzes ab.

Ob das StrV mehr nach dem Inquisitions- oder mehr nach dem Akkusationsprinzip gestaltet sei, muss aus den sich aus den zwei Hauptprinzipien ergebenden Gegensätzen beurteilt werden. Der Gegensatz der beiden Hauptformen lässt sich auf drei Fragen zusammenfassen:

a) Steht die Initiative der Strafverfolgung dem Richter zu oder ist der Beginn des Verfahrens vom Auftreten eines Anklägers abhängig?

b) Bewegt sich die Tätigkeit des Richters innerhalb der Parteianträge und ergänzt er bloss deren Tätigkeit oder ist der Richter unabhängig von Parteianträgen zu eigener Tätigkeit und Wirksamkeit berufen, so dass den Prozessbeteiligten ihrerseits nur ein Antragsrecht und ein Recht, auf die Untersuchung ergänzend einzuwirken, zukommt?

c) Kann der rechtshängige Prozess ohne richterliche Entscheidung durch Rücknahme der Klage erledigt werden oder verfügt kein Ankläger selbständig über die Anklage? [18])

---

[16]) Der moderne Anklageprozess bildet meist eine Nachahmung des englischen Strafverfahrens. Vgl. Pfenninger Z 32, S. 343; Lüthi: Die Gesetzgebung der Helvetischen Republik über die Strafrechtspflege. Bern, 1938, S. 152; Lüthi: Regenerationsbewegung und eidgenössische Strafrechtspflege. Z. 46, S. 64.

[17]) Zachariae Bd. I, S. 41.

[18]) Löwe N 1 zu § 151.

Für das StrV müssen diese drei Fragen folgendermassen beantwortet werden:

a) Der Beschluss des Untersuchungsrichters, die Strafverfolgung zu eröffnen, oder die vom Bezirksprokurator angeordnete Eröffnung einer Strafverfolgung durch den Untersuchungsrichter, sind nicht Klageerhebung im prozessualen Sinne (StrV 86 und 87). Die Erhebung einer Klage ist nicht Bedingung zur Eröffnung einer gerichtlichen Untersuchung, sondern es erfolgt die Eröffnung von Amtes wegen durch den Untersuchungsrichter oder den Gerichtspräsidenten (StrV 86 und 251)[19]).

b) Das Gericht ist an die Anträge des Staatsanwaltes und des Privatklägers nicht gebunden. Wo die Ansicht des Gerichtes die strengere ist als diejenige der Anklagepartei, kann das Gericht über die Anträge der Anklagepartei hinausgehen. Anderseits ist das Gericht an ein Zugeständnis des Angeschuldigten nicht gebunden, sondern es hat die Wahrheit seiner Erklärungen selbständig zu überprüfen.

Der Richter hat nicht nur eine passive Rolle innerhalb der Parteianträge, sondern die Aufgabe, selbständig die materielle Wahrheit festzustellen und erforderlichenfalls über die Anträge hinauszugehen.

c) Das StrV kennt keine Zurücknahme der Strafklage oder Rückgängigmachen einer eröffneten Strafverfolgung durch den Staatsanwalt, wie sie der konsequent durchgeführte Anklageprozess kennt[20]) [21]). Der Staatsanwalt kann dem Richter auch keine bindenden Weisungen geben, von einer Strafverfolgung abzusehen, da dieser zur selbständigen Strafverfolgung beauftragt ist[22]).

Das Gesetz spricht in allen Stadien des Verfahrens von « Untersuchung ». Dieses Wort gehört dem Inquisitionsprozess an. Eindrücklich geht das Untersuchungsprinzip aus dem Hauptverfahren vor dem Einzelrichter hervor, wo diesem die ganze Untersuchung und Herbeischaffung des Prozeßstoffes obliegt, er das Verfahren auf andere Personen oder andere strafbare Handlungen des Angeschuldigten ausdehnen soll und trotz Nichterscheinen der Prozessbeteiligten die Verhandlung fortsetzen kann[23]). Wenn das StrV auch zahlreiche unter dem Schlagwort des Anklageprozesses geltend gemachte Postulate verwirklicht hat, so liegt doch der Form des Verfahrens vorwiegend das Untersuchungsprinzip zugrunde[24]) [25]). Es unterscheidet sich das StrV vom Inquisitionsprozess nur durch die Art der Wahrheitserforschung, indem nach StrV die Wahr-

---

[19]) Bloch S. 1; Krauer S. 20 ff.; von Dach S. 71; Löwe N 1 zu § 151.
[20]) Löwe N 1 zu § 154.
[21]) Ausnahme: Antragsdelikte; StrV 1, StGB 28 ff.
[22]) Trüssel S. 109.
[23]) StrV 100, 101, 227, 236, 242, 250, 251.
[24]) Trüssel S. 163.
[25]) a. M. ist Krauer S. 20, 21 und 27. Gestützt auf StrV 255, 290 und 291 sagt Krauer, dass das Hauptverfahren « ein vorwiegend akkusatorisches Offizialverfahren, ein im wesentlichen auf dem Akkusationsprinzip aufgebautes Verfahren » sei. Krauer nimmt an, dass die Beweismittelsammlung « im wesentlichen Sache der Parteien » sei (S. 16). Dies ist unrichtig; die Beweismittelsammlung ist Sache des Gerichtes und die Parteien haben nur ein Ergänzungsrecht.

heit nicht ausschliesslich durch den Richter, sondern nach dem Prinzip der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit in kontradiktorischem Verfahren unter Mitwirkung der Prozessbeteiligten ergründet werden soll. Es liegen dem Hauptverfahren eine ganze Reihe von Prinzipien zugrunde, welche aufeinander gegenseitigen Einfluss besitzen. Keines dieser Prinzipien ist aber konsequent durchgeführt. Zudem ist das Hauptverfahren verschieden ausgestaltet: Strafmandatverfahren, Eventualurteilverfahren, Verfahren vor dem Einzelrichter, vor dem Amtsgericht und vor dem Geschworenengericht.

Es lässt sich nun neben dem Inquisitionsprozess und dem Akkusationsprozess noch eine andere Prozessform denken. Der Strafprozess ist ein Zweckmässigkeitsgebilde und braucht nicht notwendigerweise nach diesem oder jenem Grundsatz mit allen seinen Folgerungen ausgebildet zu werden [26]). Die Form des StrV besteht in einer Kombination des Inquisitions- und Akkusationsprinzips. In den verschiedenen Phasen des Prozesses kommen diese Grundformen in verschiedenem Masse zur Anwendung. Dem ganzen Verfahren liegt das Untersuchungsprinzip zugrunde, wobei sowohl in der Voruntersuchung wie auch im Hauptverfahren verschiedene Forderungen des Anklagegrundsatzes verwirklicht sind. Der bernische Strafprozess muss als gemischter Prozess bezeichnet werden [27]). *Charakteristisches Merkmal dieser Vermittlungsform ist, dass den Prozessbeteiligten die Prozessherrschaft entzogen ist, ihnen aber anderseits prozessuale Rechte zugebilligt sind. Die Vermittlungsform bildet eine zweckmässige Kompromisslösung, die am besten als gemischtes Prinzip bezeichnet wird.*

§ 3. Die Parteistellung des Angeschuldigten.

I. Der Angeschuldigte.

Angeschuldigter ist diejenige Person, deren strafrechtliche Schuld im Strafverfahren untersucht wird. Gegen wen überhaupt eine Strafverfolgung durchgeführt werden kann, wird im StrV nicht ausdrücklich bestimmt.

Der Zivilprozess verwendet die Begriffe der Parteifähigkeit, d. h. der Fähigkeit in eigenem Namen zu klagen oder verklagt zu werden und der Prozessfähigkeit, d. h. der Fähigkeit rechtswirksam Prozesshandlungen vorzunehmen und entgegenzunehmen [1]). Diese Unterscheidung kann auch einer strafprozessualen Betrachtung zugrunde gelegt werden, ohne jedoch die Begriffe selbst auf das Strafverfahren zu übertragen, da sich hier die Verhältnisse ganz anders darstellen [2]). Während im materiellen Strafrecht die Zurechnungsfähigkeit (Deliktsfähigkeit) den massgebenden Begriff bildet, wird im StrV von der *Verhandlungsfähigkeit* des Angeschuldigten gesprochen. Unter Verhandlungsfähigkeit verstehen wir den körperlichen und geistigen Zustand des Angeschul-

[26]) Stämpfli ZbJV 63 S. 57.
[27]) Florian S. 70 spricht von «forma mista»; Lanz S. 8 spricht von «modifiziertem Anklageprozess»; Stamm S. 24.
[1]) Leuch N 1 zu Art. 35; Lohsing S. 129.
[2]) Krauer S. 111 ff.; Graf zu Dohna S. 50.

digten, der in jedem einzelnen Stadium des Verfahrens gegeben sein muss, damit der Angeschuldigte persönlich Prozessakte abgeben und entgegennehmen kann.

Die Strafverfolgung kann sich immer nur gegen ein Individuum richten, das für eine Rechtsverletzung persönlich verantwortlich ist. Das polizeiliche Ermittlungsverfahren und die Voruntersuchung können auch gegen einen Unbekannten geführt werden (StrV 71 und 90). Im Hauptverfahren muss jedoch immer ein bestimmter Angeschuldigter vorhanden sein, der als Täter oder Teilnehmer der Straftat in Frage kommt. Der Angeschuldigte muss zwar im Hauptverfahren nicht unbedingt anwesend sein, muss aber mindestens existieren, d. h. er darf z. B. nicht gestorben sein.

Das materielle Strafrecht nimmt an, dass eine Handelsgesellschaft, eine Gemeinde usw. strafrechtlich nicht verantwortlich seien. Diese im StGB nicht ausdrücklich erwähnte Vorschrift ergibt sich durch Umkehrschluss aus StGB 172 und 236. Wie das materielle Strafrecht im allgemeinen auf juristische Personen nicht anwendbar ist, so kann auch eine Strafverfolgung nicht gegen eine juristische Person durchgeführt werden, da es unvorstellbar wäre, wie Verhaftung, Gefangenschaft und andere Massnahmen vollzogen werden sollten [3]). Die materiell-rechtliche Deliktsfähigkeit kann zwar der prozessualen Verhandlungsfähigkeit nicht gleichgestellt werden, es gilt aber im StrV der Satz, dass nur eine natürliche Person als Angeschuldigter in das Verfahren gezogen werden kann.

Es ist nun nicht jede natürliche Person fähig, dem Gang des Strafverfahrens zu folgen. Da die Strafverfolgung immer etwas Persönliches ist, kann sie nicht gegen den gesetzlichen Vertreter geführt werden. Die strafprozessuale Handlungsfähigkeit stimmt weder mit der zivilprozessualen Prozessfähigkeit, noch mit der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit überein. Es werden auch gegen Unzurechnungsfähige Strafprozesse eingeleitet. Wo jedoch die Unzurechnungsfähigkeit schon zum vornherein feststeht, sollte überhaupt keine Strafverfolgung eingeleitet werden. Im StrV wird vom Privatkläger die Handlungsfähigkeit verlangt (StrV 43). Das Gesetz spricht aber nirgends von der Verhandlungsfähigkeit des Angeschuldigten. Die Verhandlungsfähigkeit muss deshalb durch den Richter nach dem Grade der Urteilsfähigkeit beurteilt werden. Für das Vorliegen der Verhandlungsfähigkeit sind der Augenblick und die Natur der einzelnen Prozesshandlungen massgebend. Ein körperlich Kranker kann für eine Abhörung verhandlungsunfähig, für die Einlegung eines Rechtsmittels dagegen verhandlungsfähig sein [4]). *Verhandlungsfähig* ist demnach diejenige natürliche Person, die urteilsfähig genug ist, um dem Gang des Verfahrens folgen zu können.

Die Verhandlungsfähigkeit könnte analog zu der Prozessfähigkeit des Zivilprozesses zur Prozessvoraussetzung gemacht werden (ZPO 192). Damit wäre jeder strafprozessuale Akt, der gegen einen verhandlungsunfähigen Angeschuldigten vorgenommen oder bei dem ein solcher mitwirkt, rechtlich ungültig, und es wäre bei mangelnder Verhandlungsfähigkeit des Angeschuldigten dem

[3]) Garraud Bd. I S. 229.
[4]) Waiblinger N 4 zu Art. 39; von Kries S. 222; Lohsing S. 130.

Verfahren keine weitere Folge zu geben [5]). Das Gesetz enthält keinen ausdrücklichen Hinweis darüber, ob die Verhandlungsfähigkeit Prozessvoraussetzung sei und ob ein Verfahren auch bei Verhandlungsunfähigkeit des Angeschuldigten durch ein Urteil in der Sache abgeschlossen werden kann. Aus StrV 41 Ziff. 2 ist abzuleiten, dass ein verhandlungsunfähiger Angeschuldigter durch seinen gesetzlichen Vertreter verbeiständet werden kann. Wo eine solche Verbeiständung nicht stattfindet, wird ein amtlicher Verteidiger ernannt. Der gesetzliche Vertreter des Handlungsunfähigen hat ein Recht, für den Angeschuldigten einen Verteidiger zu wählen [6]). Aus diesen Bestimmungen geht hervor, dass die Verhandlungsfähigkeit nicht Prozessvoraussetzung ist. Es wird bei Verhandlungsunfähigkeit des Angeschuldigten das Verfahren nicht eingestellt, sondern bis zum Urteil weitergeführt. Das Urteil wird auf Freispruch lauten, wenn der Verhandlungsunfähige zur Zeit der Tat auch unzurechnungsfähig war. War jedoch der Angeschuldigte deliktsfähig, so kann eine Verurteilung erfolgen, wobei dann StrV 367 zur Anwendung kommen kann, wo vorgeschrieben wird, dass die Vollstreckung der Freiheitsstrafe aufgeschoben werden soll, wenn der Verurteilte geisteskrank ist. Auch aus dieser Bestimmung geht hervor, dass die Verhandlungsfähigkeit nicht Prozessvoraussetzung ist.

II. Der Begriff der Partei.

Die prozessuale Stellung der Prozessbeteiligten bereitet keine Schwierigkeiten in einem konsequent nach dem Anklagegrundsatz durchgeführten Strafverfahren, wie z. B. dem altgermanischen Parteiverfahren. Dort entschied der Richter im wesentlichen über den von den Parteien vorgelegten Stoff [7]). Im vollen Gegensatz dazu stand der gemeinrechtliche Inquisitionsprozess, in welchem der Angeschuldigte blosses Untersuchungsobjekt war und von einer Parteistellung des Angeschuldigten keine Rede sein konnte [8]).

Da das StrV auf einer Synthese dieser zwei Fundamentalprinzipien aufgebaut ist, bedarf die Frage der Stellung der im Verfahren auftretenden und handelnden Personen der nähern Abklärung.

Bei der Untersuchung der Stellung des Angeschuldigten muss zurückgegangen werden auf das Materialprinzip, d. h. die Frage, wem der Rechtsanspruch zusteht, der im Strafverfahren geltend gemacht wird. Das Recht des Staates zur Strafe hat sich erst im Laufe der Jahrhunderte herausgebildet und fand dann im kirchlichen und gemeinen mittelalterlichen Inquisitionsprozess seinen konsequenten Ausdruck. Die Reaktion gegen den Inquisitionsprozess liess die Frage entstehen, ob die ungleichartigen Aufgaben der Strafverfolgung und Urteilsfällung nicht zweckmässigerweise auf mehrere Organe verteilt würden. Es entsprach das Akkusationsverfahren des Code d'instruction

[5]) Dies wird angenommen von Krauer S. 113; Bloch S. 83; sowie der deutschen Lehre (vgl. z. B. Graf zu Dohna S. 51; Rosenfeld S. 46).
[6]) Waiblinger N 4 zu Art. 39.
[7]) Vargha S. 45—48 und S. 123.
[8]) Lohsing S. 128.

criminelle von 1808 nicht einer zwingenden Notwendigkeit der Gewaltentrennung und den Ideen der französischen Revolution, sondern dem Suchen nach einer völligen Ausschaltung des herrschenden Inquisitionsprozesses. Das in der Reaktion gegen den mittelalterlichen Prozess gewordene moderne Akkusationsverfahren hat am Materialprinzip, d. h. an der Frage, wem das Recht zur Strafe zustehe, nichts geändert.

Auch der gemischte Prozess anerkennt die Zweckmässigkeit einer Funktionentrennung und gibt besonders dem Angeschuldigten ein Mitwirkungsrecht bei der Ermittlung der materiellen Wahrheit. Es entsteht nun die Frage, ob die vom gemischten Prozess anerkannte teilweise Trennung der Prozessfunktionen des Angriffs, der Verteidigung und des Urteilens zu einer Parteibildung geführt hat, wie im rein durchgeführten Anklageprozess [9]).

Es lassen sich im StrV, wie in jedem andern Prozess, die Funktionen der Anklage, der Verteidigung und des Urteilens unterscheiden. Aber die Funktionen werden nicht durchwegs getrennt. Der Staatsanwalt braucht im Verfahren vor Einzelrichter und Amtsgericht nicht anwesend zu sein (StrV 235). Die meisten Strafprozesse bieten deshalb äusserlich kein Bild von zwei «waffengleichen Parteien», die vor unabhängigem Richter Anklage und Verteidigung vertreten. Das StrV verzichtet auf die ständige Anwesenheit des Staatsanwalts in allen Hauptverhandlungen. Es kann aber kein Urteil ausgefällt werden, von dem der Staatsanwalt nicht wenigstens nachträglich Kenntnis erhält. Wo der Staatsanwalt im Strafverfahren nicht auftritt, gilt die Fiktion seiner Teilnahme [10]). Da sich der Verletzte am Verfahren nicht nur dann beteiligen kann, wenn er eine Entschädigung verlangt, sondern auch dann, wenn er ausdrücklich eine Bestrafung des Angeschuldigten verlangt, soll ein kontradiktorisches Verfahren auch in den Fällen ermöglicht werden, in denen der Staatsanwalt als Vertreter der Anklage nicht anwesend ist [11]). In jedem Strafverfahren setzen sich nach bernischer Auffassung der Staat und der Angeschuldigte tatsächlich oder fiktiv vor dem staatlichen Richter auseinander. Der die Anklage vertretende Staatsanwalt ist ein Organ des strafanspruchsberechtigten Staates [12]). Damit aber wird eine parteimässige Gegenüberstellung von Staatsanwalt und Angeschuldigtem problematisch. Im Grunde genommen sind eben die Tätigkeiten von Staatsanwalt und Strafgericht dieselben. Beide haben für die Ergründung des wahren Sachverhaltes zu sorgen [13]). *Pfenninger* verlangt geradezu, dass man aus diesen Erwägungen Staatsanwalt, Verteidigung und Angeschuldigten nicht als selbständige Parteien konstruiere [14]). Die Mitwirkung des Staatsanwaltes und des Angeschuldigten im StrV erfolgen nicht im Sinne eines Parteikampfes. Behauptung und Verneinung einer strafbaren Handlung stehen sich aber nicht bloss der Sache nach, sondern auch im Verfahren gegenüber. Das StrV hat den Grundsatz anerkannt, dass sich im Strafprozess der Staat gewissermassen als im Pro-

[9]) Pfenninger Z. 31, S. 61—140 und Z. 32, S. 32—111; Ruth S. 13.
[10]) StrV 223, 227, 235 und 267.
[11]) StrV 43; Thormann: Erläuterungen 1912 S. 3.
[12]) Florian S. 98.
[13]) von Dach S. 73.
[14]) Pfenninger Z. 32, S. 355—361.

zess mit dem Angeschuldigten betrachtet. Der Angeschuldigte bildet nicht nur Gegenstand für die amtliche Tätigkeit, sondern ist *Prozeßsubjekt*. Es findet aber kein eigentlicher Parteikampf statt, sondern besteht lediglich ein *Prozeßrechtsverhältnis* zwischen Staat und Angeschuldigtem, wobei sich Behauptung und Verneinung der strafbaren Handlung auch im Verfahren gegenüberstehen [15]).

Ob nun dem am Verfahren derart beteiligten Angeschuldigten eine Parteistellung zukommt ist bestritten.

Im Strafverfahren wird ein staatlicher Strafanspruch geltend gemacht, und es haben deshalb die Prozessbeteiligten kein Dispositionsrecht über den Prozeßstoff. Jedes öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis ist im Entstehen und Bestehen unabhängig vom Zufall des subjektiven Wollens der Beteiligten. Da die Beteiligten im Strafverfahren nicht über das Recht des Staates auf Strafe verfügen können und die Mitwirkung des Angeschuldigten und des Staatsanwaltes formell für den Prozess gleichgültig ist, wird dem Angeschuldigten von der Doktrin mehrheitlich die Parteistellung abgesprochen [16]).

Die deutsche Strafprozessordnung und der grössere Teil der deutschen Lehre wendet den Ausdruck « Partei » nicht an, sondern spricht einfach von den « Prozessbeteiligten », ohne dadurch zu der Streitfrage Stellung zu nehmen [17]).

Den Theorien, die das Bestehen von Parteien im Strafverfahren bestreiten, ist entgegenzuhalten, dass man sich vor einem unfruchtbaren Wortstreit zuerst klar werden muss, wonach eigentlich gefragt werden und wozu der umstrittene Begriff verwendet werden soll. Frägt man, ob dem Angeschuldigten eine ähnliche verfahrensrechtliche Stellung zukomme, wie sie eine Partei im Zivilprozess einnimmt, so ist zu antworten, dass im Strafverfahren nicht von einer Parteistellung des Angeschuldigten gesprochen werden kann, da ihm die Disposition über den Prozeßstoff fehlt. Wenn jedoch danach gefragt wird, ob dem Angeschuldigten ein prozessuales Mitwirkungsrecht, Rechte und Pflichten zukommen, so ist die Parteistellung des Angeschuldigten zu bejahen, da zwischen Angriffspartei und Verteidigungspartei, wie auch zwischen Staat und Angeschuldigtem, ein Rechtsverhältnis besteht.

Das bernische Gesetz anerkennt den Angeschuldigten schlechtweg als Partei. Dagegen kommt dem Staatsanwalt nur im Haupt- und Rechtsmittelverfahren Parteistellung zu (StrV 39) [18]). Aber auch ohne die ausdrückliche Anerkennung der Parteistellung des Angeschuldigten geht dessen Parteistellung aus der ganzen Gestaltung des StrV hervor. Der Angeschuldigte ist auch dann Partei, wenn der Staatsanwalt nicht auftritt und kein Privatkläger erscheint.

Die Parteistellung des Angeschuldigten unterscheidet sich von der prozessualen Stellung des Beklagten im Zivilprozess. Es ist im Straf- und Zivilprozess die Stellung des Gerichtes und der Parteien so wesentlich anders, dass von einer analogen Anwendung der Grundsätze des einen auf das andere Ver-

---

[15]) Kohler: Einführung in die Rechtswissenschaft. Leipzig, 1908, S. 225.
[16]) Burckhardt: Organisation S. 81; von Dach S. 13 und 17; Lilienthal S. 24; Pfenninger Z. 31, S. 61 f.
[17]) Löwe N 6 zu § 153.
[18]) Vgl. Vorentwurf 1912 Art. 32.

fahren niemals die Rede sein kann [19]). Als Verfahrensrecht gehören sowohl Straf- wie auch Zivilprozess dem öffentlichen, zwingenden Recht an. Beide Verfahren weisen auch gemeinsame Züge auf, aber die früher geltend gemachte Auffassung, dass das StrV nur eine besondere Art des Zivilprozesses sei, ist unrichtig [20]). Die grundlegenden Unterschiede ergeben sich aus der Natur der in den zwei Verfahren zur Entscheidung kommenden Rechtsverhältnisse:

a) Im Zivilprozess werden private Rechtsansprüche, im Strafverfahren dagegen die öffentlich-rechtliche Strafpflicht geltend gemacht [21]).

b) Im Zivilprozess ergibt sich als zwingende Folge der materiell-rechtlichen Natur des Zivilanspruches die Verhandlungsmaxime, während im Strafverfahren das Offizialprinzip gilt (StrV 1, Abs. 3) [22]).

c) Im Zivilprozess handelt es sich um einen der Parteiverfügung preisgegebenen Stoff, während im Strafverfahren der staatliche Strafanspruch jeder Parteidisposition entzogen ist und der Staatsanwalt oder der Privatkläger nicht auf den staatlichen Strafanspruch verzichten können; denn es machen Staatsanwalt und Privatkläger nicht einen eigenen, sondern einen fremden, den staatlichen, Strafanspruch geltend [23]).

d) Der Zivilprozess begnügt sich mit der formellen Wahrheit, während im Strafprozess die materielle Wahrheit ermittelt werden muss. Ein Verzicht des Angeschuldigten auf die Verteidigung oder Zugeständnisse in bezug auf die ihm zur Last gelegte Rechtsverletzung, entbinden den Richter nicht von seiner Prüfungspflicht. Der Angeschuldigte kann sich der Strafe nicht freiwillig unterziehen.

e) Zivile Rechtsverhältnisse können auch aussergerichtlich erledigt und getilgt werden, während Strafansprüche nur auf dem Wege des Strafprozesses durchgesetzt werden können [24]).

Wir können im Strafverfahren einen materiell-rechtlichen und einen rein prozessualen Parteibegriff unterscheiden. *Im materiell-rechtlichen Sinne ist Partei* dasjenige Rechtssubjekt, über dessen Rechtsstellung oder über dessen geltend gemachten, fremden Strafanspruch im gerichtlichen Verfahren entschieden wird. Da der Strafprozess das Mittel zur Realisierung des staatlichen Strafanspruches ist, erhält er auch vom materiell-rechtlichen Grundverhältnis, dem Strafrecht, seine grundlegenden Richtlinien. Behauptung und Verneinung einer strafbaren Rechtsverletzung stehen sich immer wenigstens der Sache nach gegenüber. Deshalb kann in diesem materiell-rechtlichen Sinne jedenfalls von Parteien gesprochen werden. Der materielle Parteibegriff wird auch von Autoren anerkannt, die den formellen Parteibegriff ausschliessen [25]). — *Im formellen oder strafprozessualen Sinne ist* derjenige *Partei*, dem das Strafverfahren eigene prozessuale Rechte und ein gesetzlich umschriebenes Mitwirkungsrecht

[19]) Florian S. 98; von Lilienthal S. 2; Waiblinger N 1 zu Art. 39.
[20]) Lohsing S. 5 und 7.
[21]) Florian S. 98.
[22]) Ausnahme: Regelung der Antragsdelikte; Krauer S. 8.
[23]) Rosenfeld S. 85.
[24]) Lohsing S. 3.
[25]) Pfenninger Z. 32, S. 335; Zachariae Bd. I, S. 40.

bei der Prozessgestaltung und Tatbestandsfeststellung einräumt [26]). Die formelle Parteistellung des Angeschuldigten ist in den einzelnen Prozeßstadien verschieden. Wegen der Verschiedenheit der Parteiinteressen und Parteirollen kann von einer völligen Gleichstellung der Parteien keine Rede sein. Wenn das StrV den eigentlich einen Einbruch in das Offizialverfahren darstellenden Parteibegriff verwendet, so bedeutet dies nicht, dass den Parteien ein Verfügungsrecht über den staatlichen Strafanspruch eingeräumt wird, oder dass das Offizialprinzip beseitigt wird. Die im Strafprozess als Träger entgegengesetzter Rechtsschutzansprüche und Verfechter widerstreitender Behauptungen erforderlichen Rechtssubjekte sind vom Gesetzgeber als *Parteien im spezifisch strafprozessualen Sinne* anerkannt.

§ 4. Rechte und Pflichten des Angeschuldigten; Formvorschriften als Sicherungen.

I. Allgemeines.

Durch die Aufstellung eines Prozessverfahrens wird der Gewaltanwendung des Staates ein Zaum angelegt. Es wird verhindert, dass der Staat kraft seiner unumschränkten Machtfülle gegen verdächtige Individuen in der scharfen Weise vorgeht, wie er es zur Zeit des Inquisitionsprozesses getan hat [1]). Die Aufgabe des Strafprozesses ist nicht zu lösen ohne Eingriffe in die Rechtssphäre des Angeschuldigten. Dabei darf nicht nur das öffentliche Interesse an der Unterdrückung der Kriminalität, an der rücksichtslosen Wahrheitserforschung und Vollstreckung der ausgefällten Strafe massgebend sein, sondern es sind auch die Interessen des Bürgers auf Wahrung der bürgerlichen Freiheit, der körperlichen Integrität und Schonung vor jeder überflüssigen Gewaltanwendung zu berücksichtigen. Das StrV steht bei der Abwägung dieser entgegengesetzten Interessen auf dem Standpunkt, dass der Staat um der Bürger willen da ist und demzufolge das Prinzip der bürgerlichen Freiheit dem staatlichen Interesse der Verbrechensbekämpfung vorzugehen hat. Es soll im StrV immer nur soviel Zwang angewendet werden, als unumgänglich notwendig ist. Der Forderung, dem Angeschuldigten Garantien zu verschaffen, hat das StrV dadurch entsprochen, dass es eingehende *Formvorschriften* aufstellt und eine Parteistellung des Angeschuldigten anerkennt, wobei diese im Interesse des staatlichen Strafanspruches scharf abgegrenzt wird. Mit diesem System ist die Aufstellung einer ganzen Reihe von *Rechten* und *Pflichten* des Angeschuldigten verbunden [2]).

Das Strafverfahren besteht in mehreren aufeinanderfolgenden Handlungen des Richters und der Parteien. Diese Handlungen sind in ihren Voraussetzungen und Wirkungen gesetzlich geregelt. Der Inhalt des Prozessverhältnisses besteht, wie jedes öffentliche Rechtsverhältnis, in öffentlichen Rechten und Pflichten, die grundlegend durch das objektive Recht bestimmt werden und darüber

[26]) Waiblinger N 1 zu Art. 39; Graf zu Dohna S. 47; Rosenfeld S. 84; von Kries S. 186.
[1]) Rosenfeld S. 22; Hodler und Wenger S. 20 ff.
[2]) Hafter Z. 15, S. 347.

hinaus weder vom Staat, noch vom Bürger geschaffen werden können. Der rechtsstaatliche Sprachgebrauch betrachtet die öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse vom Standpunkt des Bürgers aus und findet die Eigenart in der rechtlichen Bindung des Staates gegenüber dem Bürger. Es wird im Strafprozessrecht sowohl vom Gesetz wie auch von der Doktrin ganz allgemein von Rechten und Pflichten des Angeschuldigten gesprochen [3]). Doch zeigt die nähere Betrachtung, dass durch den herkömmlichen Sprachgebrauch unter Rechten und Pflichten des Angeschuldigten verschiedene Dinge zusammengefasst werden.

II. Rechte des Angeschuldigten.

Für die eingehende Betrachtung der zugunsten des Angeschuldigten lautenden Normen und der Vorschriften, die den Angeschuldigten vor Willkür, Nachteilen und Uebergriffen auf seine Persönlichkeitsrechte schützen, muss auf die rechtliche Natur dieser Bestimmungen näher eingetreten werden.

1. Alle Sätze des öffentlichen Rechtes stehen im öffentlichen Interesse. Wo es geboten ist, im Gesamtinteresse ein Einzelinteresse anzuerkennen, wird dem einzelnen durch einen machtverleihenden Rechtssatz ein subjektives öffentliches Recht zuerkannt. Damit erhält der Bürger einen konkreten, genau abgegrenzten Anspruch. Das *subjektive öffentliche Recht* besteht in der Fähigkeit, Rechtsnormen im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen.

2. Andere Rechtssätze des öffentlichen Rechtes gebieten den staatlichen Organen ein bestimmtes Tun oder Unterlassen im Gesamtinteresse. Wenn nun solche Rechtssätze dem einzelnen zugute kommen, ohne dass die Rechtsordnung beabsichtigte, die Rechtssphäre gerade dieser Person zu erweitern, spricht man von einer *Reflexwirkung des objektiven Rechtes*. Der Bürger ist in diesen Fällen auf den allgemeinen Anspruch gegenüber den Behörden beschränkt, dass sie das zu seinen Gunsten lautende Gesetz vollziehen [4]).

3. Die beiden Formen, in welchen dem Bürger ein Recht zugesichert werden kann, unterscheiden sich durch kein äusseres Merkmal [5]). Es muss in jedem einzelnen Falle untersucht werden, ob der Gesetzgeber nur eine Reflexwirkung des objektiven Rechtes gewollt oder ob er dem einzelnen ein subjektives Recht gewähren will. Die Unterscheidung ist insofern wesentlich, als nur die subjektiven öffentlichen Rechte vom Bürger nach seinem Belieben in Bewegung gesetzt werden können, während die Reflexwirkungen des objektiven Rechtes vom individuellen Willen des einzelnen unabhängig sind. Von der Ausübung der subjektiven öffentlichen Rechte kann der Bürger im einzelnen Falle absehen. Die Bestimmungen über die Wahlverteidigung verschaffen z. B. dem Angeschuldigten ein subjektives öffentliches Recht, einen Verteidiger zu ernennen. Dieses Recht kann der Angeschuldigte nach seinem Belieben in Bewegung setzen oder

[3]) Vgl. z. B. StrV 40, 98, 107, 235; Fleiner S. 164 ff.; Ruck: Verwaltungsrecht Bd. I, S. 139; von Kries S. 4; Rosenfeld S. 15, 22 und 23.

[4]) Fleiner S. 172 ff.; Jellinek: System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen, 1919, S. 1 ff.

[5]) Es besteht auch kein Unterschied im Rechtsschutz.

nicht (StrV 40). Das Prinzip der Publikumsöffentlichkeit der Hauptverhandlung dagegen birgt nur objektives Recht (StrV 211). Es entsteht nicht ein Anspruch für jedermann, den Gerichtsverhandlungen beizuwohnen. Ist das Verhandlungslokal gefüllt, so ist dem Zweck der gesetzlichen Bestimmung über die Publikumsöffentlichkeit Genüge getan, und es sind alle andern Personen von der Zuhörerschaft ausgeschlossen [6]).

Für die Unterscheidung zwischen subjektiven öffentlichen Rechten und Reflexwirkungen des öffentlichen Rechtes ist es gleichgültig, ob sich der Rechtssatz an die Behörden oder die Bürger wendet. Auch wenn der Gesetzgeber nicht ausdrücklich von einem subjektiven Rechte spricht, kann unter Umständen aus der Existenz des Rechtssatzes ein solches abgeleitet werden, wenn der Rechtssatz folgende drei Eigenschaften aufweist:

a) Der Rechtssatz muss zwingender Natur sein und das Ermessen der Behörde bei seiner Anwendung ausgeschlossen sein.

b) Der Rechtssatz muss zugunsten einer bestimmten Person zur Befriedigung ihrer Individualinteressen und nicht nur im Interesse der Allgemeinheit erlassen sein.

c) Der Rechtssatz muss im Interesse der Einzelperson so erlassen sein, dass sie sich darauf berufen kann [7]).

Die hier dargestellte Unterscheidung von subjektiven öffentlichen Rechten und Reflexwirkungen des objektiven Rechtes ist nicht unbestritten [8]). In neuerer Zeit hat sich *Walter Burckhardt* gegen den Begriff der subjektiven öffentlichen Rechte ausgesprochen, indem er sagt, dass die subjektiven Rechte im Privatrecht im Bestand oder Nichtbestand von der subjektiven Entschliessung der Berechtigten abhängen, das öffentliche Recht aber nicht zum Gegenstand subjektiver Willkür gemacht werden darf. Wo der Staat öffentlich rechtlich verpflichtet ist, sei er ohne Rücksicht darauf, ob der Berechtigte auf sein Recht bestehe oder nicht, verpflichtet. Deshalb habe es keinen Sinn, von subjektiven Rechten des einzelnen gegenüber dem Staat zu sprechen, weil gerade dasjenige fehle, was das Wesen der subjektiven Berechtigung ausmache: die Möglichkeit des Verzichtes über die Verpflichtung eines andern [9]).

4. Die Verschiedenartigkeit der dem Angeschuldigten zugute kommenden Normen wird in der nachfolgenden Darstellung unter Vermeidung der Bezeichnung « subjektive öffentliche Rechte » durch die Ausdrücke « Rechte des Angeschuldigten » und « Sicherungen oder Garantien des Angeschuldigten » gekennzeichnet.

a) *Rechte des Angeschuldigten* sind die zur Befriedigung seiner Individualinteressen aufgestellten Normen, auf die er sich berufen kann, ohne im einzelnen Falle verpflichtet zu sein, sie auszuüben, und wo das Ermessen der Gerichtsbehörden bei der Anwendung ausgeschlossen ist.

---

[6]) Fleiner S. 175; Jellinek a. a. O. S. 79; Krauer S. 33.
[7]) Bühler: Die subjektiven öffentlichen Rechte, Berlin, 1914, S. 9—60.
[8]) Fleiner S. 172.
[9]) Burckhardt: Organisation S. 74 und 78.

b) Sicherungen oder Garantien des Angeschuldigten bilden diejenigen Rechtssätze, die ihm zugute kommen und welche die Gerichtsbehörden von Amtes wegen anzuwenden haben [10]).

III. Pflichten des Angeschuldigten.

Im Strafprozess steht der Angeschuldigte in einem besondern Gewaltverhältnis zum Staat. Dieses Gewaltverhältnis kommt ohne Zustimmung des Bürgers zustande und bezweckt, an dem gezwungenermassen in das Verfahren Eintretenden eine gewisse staatliche Tätigkeit zu vollziehen [11]). Während des ganzen Verfahrens muss der Staat die Sicherung der Durchführung des staatlichen Strafanspruches im Auge behalten. Denn die Verhängung einer Strafe ist zwecklos, wenn der Verurteilte nicht auch zur Verbüssung der Strafe gezwungen werden kann. Das Strafverfahren enthält deshalb Normen, die bewirken sollen, dass sich der Angeschuldigte den Gerichten zur Verfügung stellt, dem Verfahren nicht entgegenarbeitet und sich der Strafverfolgung nicht entzieht. Diese Normen, welche ein Sollen des Angeschuldigten enthalten, werden in der Doktrin als Pflichten des Angeschuldigten bezeichnet [12]).

Hier ist es wiederum *Walter Burckhardt*, der auf die besondere Eigenart der strafprozessualen Pflichten gewiesen hat. Zusammengefasst sagt Burckhardt folgendes [13]): Alle öffentlich-rechtlichen Pflichten müssen von Amtes wegen geltend gemacht und erzwungen werden. Tatsächlich können nun nicht alle (grundsätzlich erzwingbaren) Pflichten erzwungen werden. Wenn die Befolgung einer zwingenden Norm nicht erzwungen werden kann, muss als Ersatz des Zwanges der der Norm Zuwiderhandelnde bestraft werden. Dem Zwang ist nun aber wesentlich, dass er zwinge und nicht dass er verpflichte. Lässt sich die Strafe zufällig nicht erzwingen, so darf der Verbrecher nicht noch einmal dafür bestraft werden, dass er sich dem, was erzwingbar sein soll, nicht freiwillig unterzieht. Mit der Strafverfolgung hat für die Rechtsverwirklichung das Stadium der Vollstreckung begonnen. Wer sich dem Untersuchungsrichter oder dem Strafgericht nicht stellt, wer falsch aussagt und alle Mittel ausnützt, um sich der Strafe zu entziehen, verletzt keine Pflicht und ist dafür nicht strafbar. Noch viel weniger ist der Angeschuldigte verpflichtet, die ihm auferlegte Strafe zu verbüssen, die Strafe ist vielmehr an ihm zu vollziehen. Wer sich dem Polizei- oder Gerichtszwang widersetzt, verletzt nur eine Pflicht, die er schon hatte und die erzwungen werden sollte.

Das Gesetz spricht nicht ausdrücklich von Pflichten des Angeschuldigten. Vom subjektiven Gesichtspunkt des Angeschuldigten aus betrachten wir aber jede Norm, welche durch die darin enthaltene Forderung ein Sollen oder eine

[10]) Parteirechte ergeben sich z. B. aus StrV 40, 96, 97, 98, 225, Abs. 3 usw. Sicherungen des Angeschuldigten enthalten z. B. folgende Bestimmungen: StrV 89, 108, 202 usw.

[11]) Fleiner S. 164 ff.; Bloch S. 44.

[12]) Fleiner S. 166; Bloch S. 62—65; Meyer Carl S. 135; Waiblinger N 1 zu Art. 105; Amrhein S. 11; Bachtler S. 156 ff.; von Kries S. 5, 221 und 223.

[13]) Burckhardt: Einführung S. 182 f.; Organisation S. 286—289.

Belastung des Angeschuldigten enthält, als Pflicht. Wenn wir das Wort Pflicht nicht verwenden würden, müsste für dieses Verhältnis ein anderes Wort gesucht werden [14]). Es wird deshalb in der vorliegenden Arbeit von « Pflichten des Angeschuldigten » geprochen, wobei aber immer die besondere Eigenart dieser Pflichten im Auge behalten werden muss.

Der Angeschuldigte nimmt im Strafverfahren eine Doppelstellung ein. Er ist sowohl Prozeßsubjekt, wie auch Untersuchungsobjekt. Als Prozeßsubjekt und Partei hat der Angeschuldigte *echte prozessuale Pflichten* [15]). In seiner Stellung als Untersuchungsobjekt und Strafverfolgter hat der Angeschuldigte keine eigentlichen Pflichten. Er muss wohl bestimmte Massnahmen erdulden, die erzwungen werden, wenn er sie nicht freiwillig erduldet. Wenn auch der Sprachgebrauch und einige Autoren z. B. von « einer Pflicht des Angeschuldigten sprechen, sich allen Untersuchungshandlungen und der Vollziehung des Urteilsspruches zu unterziehen » [16]), so handelt es sich hierbei nicht um eigentliche Pflichten des Angeschuldigten. Die Massnahmen, die der Angeschuldigte als Untersuchungsobjekt und Strafverfolgter zu erdulden hat, sind *unechte Pflichten*. Wegen Verletzung der unechten Pflichten wird der Angeschuldigte nicht bestraft, da neben dem Erfüllungszwang nicht noch eine Strafe wegen Nichterfüllung angeordnet werden soll [17]).

IV. Formvorschriften als Sicherungen des Angeschuldigten.

Die beste Gewähr für eine möglichste Wahrung der persönlichen Freiheit, der bürgerlichen Ehre und des Eigentums im Strafverfahren, liegt in der Tüchtigkeit und Gewissenhaftigkeit der Gerichtspersonen. In einer Strafprozessordnung, welche dem Richter weitgehende Freiheiten überlässt, bestehen jedoch diese Garantien nicht immer. Der bernische Gesetzgeber hat sich deshalb ganz auf den Standpunkt gestellt, dass als wirksame Sicherungsmittel weitgehende Formvorschriften erlassen werden müssen. Mit der Aufstellung von Prozessformen werden auch gerechte Urteile am ehesten zu erreichen sein. Zwar besteht die Möglichkeit gerechter Urteile auch ohne solche Vorschriften, aber die Erfahrung lehrt uns, dass mit Vorschriften formeller Natur die Gewissheit gerechter Urteile am grössten ist. Nur die Aufstellung von Verfahrensvorschriften kann ein parteiloses Denken des Richters sichern, ein gerechtes Urteil zur weitgehendsten Gewissheit machen und dem Angeschuldigten die notwendigen Garantien für die Wahrung seiner persönlichen Rechte geben [18]). So dienen z. B. die Vorschriften über die Beschränkung der Ediktalladung, die Protokollvorschriften und die Vorschriften über die Organisation und Besetzung der Gerichte zur Sicherung des Angeschuldigten [19]).

---

[14]) Somló: Juristische Grundlehre, Leipzig 1927, S. 432 ff.

[15]) Z. B. die Pflicht, dem Richter die geschuldete Achtung zu wahren und die Gegenpartei im Parteivortrag nicht zu beleidigen (StrV 47 und 252).

[16]) Bloch S. 63.

[17]) Burckhardt: Organisation S. 289; Rosenberg S. 115.

[18]) Ruth S. 8—10.

[19]) StrV 55, 62, 92, 149, 161, 182, 31, GO 1 ff.; Thormann: Erläuterungen 1912, S. 5.

§ 5. Die Pflichten des Angeschuldigten im Strafverfahren.

I. Echte Pflichten.

In seiner Stellung als Partei hat der Angeschuldigte folgende echte Pflichten:

1. Der Angeschuldigte ist verpflichtet, sich der *Ordnungsgewalt des Richters* zu unterziehen (StrV 47). Die Achtung vor dem Gericht und seinen Anordnungen ist eine conditio sine qua non jedes Verfahrens. Der Angeschuldigte untersteht der Ordnungsgewalt des Gerichtes wie die andern Prozessparteien. Er hat die Pflicht, die dem Richter geschuldete Achtung zu wahren, Beleidigungen des Gegners oder dritter Personen und sonstige Ungebührlichkeiten zu unterlassen, sowie die richterlichen Anordnungen zu beachten. Wenn der Angeschuldigte diese Pflichten verletzt, kann der Richter in Anwendung seiner Disziplinargewalt Ordnungsstrafen aussprechen [1]).

2. Der Angeschuldigte ist verpflichtet, zu den Terminen *rechtzeitig zu erscheinen* oder sich entschuldigen zu lassen (StrV 47 Abs. 1). Wenn der Angeschuldigte schon als Partei anerkannt ist, so muss ihm eine solche prozessuale Anstandspflicht auferlegt werden. Es würde eigenartig berühren, wenn die andern Parteien, die Zeugen und Sachverständigen in dieser Hinsicht strenger behandelt würden, als der Angeschuldigte. Erscheint der Angeschuldigte bei einer Gerichtsverhandlung ohne genügende Entschuldigung zu spät, kann ihm der Richter eine Ordnungsbusse auferlegen.

3. Es ist eine prozessuale Pflicht des Angeschuldigten, *Beweisanträge sowie Ablehnungs- und Unfähigkeitsanbringen rechtzeitig zu stellen* [2]). Diese prozessualen Pflichten haben den Zweck, eine trölerische Verschleppung des Verfahrens zu verhindern. Der Angeschuldigte, der diesen Pflichten nicht nachkommt und keine Entschuldigungsgründe geltend machen kann, hat Kostenfolgen zu gewärtigen.

4. Der Angeschuldigte ist gegenüber dem Richter und dem Privatkläger verpflichtet, einen *Rückzug der Vollmacht kundzutun* [3]). Auf der Verletzung dieser Ordnungsvorschrift steht indessen kein Rechtsnachteil.

5. Der verurteilte Angeschuldigte ist gegenüber dem Staat und dem Privatkläger nach dem der Kostenordnung zugrunde liegenden Veranlassungsprinzip in der Regel *zum Kostenersatz verpflichtet*. Auch der freigesprochene Angeschuldigte ist unter Umständen zum Ersatz der Staatskosten verpflichtet. Die Kostenpflicht wird nötigenfalls erzwungen [4]).

[1]) Lohsing S. 284.
[2]) StrV 35, 231, 268.
[3]) StrV 45, ZPO 88.
[4]) StrV 260, 261, 263, 200, Abs. 3, 262, 363.

II. Unechte Pflichten.

In seiner Stellung als Strafverfolgter und Untersuchungsobjekt ergeben sich für den Angeschuldigten folgende uneigentliche Pflichten:

1. Die strafverfolgte Person muss sich auf den Prozess einlassen, ob sie schuldig sei oder nicht. Diese sogenannte *Prozesseinlassungspflicht* des Angeschuldigten ist eine unechte Pflicht, indem er gezwungen wird, die prozessuale Stellung des Angeschuldigten einzunehmen [5]).

2. Der Angeschuldigte muss einer *Vorladung Folge leisten*, da die Abhörung des Angeschuldigten, wie im frühern Prozess, als Erkenntnisquelle der materiellen Wahrheit dient. Unter der Herrschaft des Grundsatzes freier Beweiswürdigung ist der Umstand, dass sich der Angeschuldigte persönlich über die gegen ihn vorliegende Beschuldigung äussert, nicht unerheblich. Seine Anwesenheit kann auch für eine Konfrontation mit Zeugen zum Zwecke der Wiedererkennung und andern Massnahmen notwendig sein. Wenn der Angeschuldigte auch nicht verpflichtet ist, sich auf die Beschuldigungen zu erklären, so hat er doch einer Vorladung Folge zu leisten. Wenn er auf Vorladung hin vor der staatlichen Autorität nicht erscheint, kann das Erscheinen mittelst Anhalten, Vorführung, Festnahme oder Verhaftung erzwungen werden [6]). Im Ermittlungsverfahren ist der Verdächtige nicht verpflichtet, einer Ladung der Kriminalpolizei Folge zu leisten. Die Kriminalpolizei hat kein Recht, einen Ausbleibenden zwangsweise vorzuführen, kann aber eine gerichtliche Abhörung herbeiführen [7]).

3. Der Angeschuldigte hat sich den vom Untersuchungsrichter und dem Gerichte angeordneten Massnahmen, die im Interesse der Strafrechtspflege vorgenommen werden, zu unterziehen (StrV 107, 159). In gleicher Weise muss der Verdächtigte im polizeilichen Ermittlungsverfahren *die im Interesse der Strafverfolgung notwendigen Massnahmen erdulden* (StrV 71). Wenn der Verdächtigte oder der Angeschuldigte diesen unechten Pflichten nicht nachkommt, kann die Ausführung erzwungen werden [8]).

4. Wenn der Angeschuldigte seine Freiheit dazu missbraucht, um den Zweck der Untersuchung zu vereiteln oder zu gefährden und zudem noch ein dringender Tatverdacht vorliegt, kann eine Verhaftung erfolgen (StrV 111). Aus dieser Bestimmung könnte man eine « *Pflicht» des Angeschuldigten, alles zu unterlassen, was den Zweck der Untersuchung vereitelt oder gefährdet*, ableiten [9]). Es steht jedoch der Annahme einer solchen Pflicht das natürliche und rechtliche Verteidigungsrecht des Angeschuldigten entgegen. Man kann dem Angeschuldigten nicht ein weitgehendes Verteidigungsrecht einräumen, um ihm dann anderseits durch das Kollusionsverbot dieses Recht wieder zu nehmen [10]). Es kann auch ein

---

[5]) Bloch S. 62; Lohsing S. 2; Lilienthal S. 24.
[6]) StrV 56, 72, 74 und 111; Meyer Carl S. 136; Lohsing S. 272; Löwe N 3 *a* zu § 133.
[7]) Röthlisberger S. 130 ff.; Löwe N 3 *b* zu § 159.
[8]) Weber: Die Durchsuchung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1934, S. 59; Bloch S. 63.
[9]) Bloch S. 63.
[10]) Sandmeyer S. 30.

Unschuldiger zur Abwendung einer Untersuchungshaft ein Interesse an Kollusionshandlungen haben. Es kann deshalb nur bedingtermassen von einer Pflicht des Angeschuldigten gesprochen werden, alles zu unterlassen, was den Zweck der Untersuchung vereiteln oder gefährden könnte. Unter den gleichen Vorbehalten liessen sich auch aus StrV 99 « Pflichten » des Verteidigers und des Angeschuldigten ableiten, keine Ergebnisse der Untersuchung zu veröffentlichen, unbefugt mitzuteilen oder Beweismittel zu zerstören und beseitigen.

5. Der Angeschuldigte hat *einen ihm beigeordneten amtlichen Verteidiger anzunehmen* (StrV 42). Diese unechte Pflicht kann nicht erzwungen werden; aber es stehen dem Verteidiger seine eigentlichen Verteidigungsrechte, wie z. B. die Akteneinsicht, auch gegen den Widerspruch des Angeschuldigten zu.

6. Wenn der Angeschuldigte die *beweis- und strafsichernden Zwangsmassnahmen* nicht erduldet, werden diese unechten Duldungspflichten erzwungen (StrV 74, 75, 78, 111—114, 173—182). Es handelt der Staat bei der Vornahme dieser Zwangsmassnahmen gesetzlich, aber der Bürger hat keine eigentliche Rechtspflicht, sich z. B. verhaften zu lassen; er wird nur faktisch dazu gezwungen [11]).

7. Wenn sich der Angeschuldigte der *Strafvollstreckung* nicht unterzieht, wird die Strafe erzwungen (StrV 361 ff.). Jedes Urteil ist ein Unterwerfungsbefehl. Erst die Strafe verschafft die rechtliche Möglichkeit des Vollzuges gewisser öffentlich-rechtlicher Normen. Die Strafe ist ein Zwangsmittel, das selbst wieder erzwungen werden muss. Die Strafvollstreckung stellt die letzte der notwendigen Funktionen des Staates dar. Da der Strafvollzug das Ziel des ganzen Verfahrens bildet, begründet die Strafe keine neue Pflicht des Angeschuldigten. Wenn der Bürger aber weder seine ursprüngliche Rechtspflicht erfüllt, noch sich der ausgesprochenen Strafe unterzieht, muss der Zwang den erwünschten Zustand herstellen [12]).

---

[11]) Sandmeyer S. 2—8.

[12]) Burckhardt: Organisation S. 282; von Dach S. 9 ff. und 103; Rosenfeld S. 26; Lohsing S. 545; a. M. aber: Glaser: Handbuch des Strafprozessrechtes. 1883. Bd. I. S. 13.

II. KAPITEL.

Das polizeiliche Ermittlungsverfahren.

§ 6. Struktur und Aufgabe.

I. Struktur.

Damit eine gerichtliche Strafverfolgung eröffnet werden kann, muss der Untersuchungsrichter vom Vorliegen einer strafbaren Handlung Kenntnis erhalten. Dies kann auf verschiedene Weise erfolgen:

a) Jedermann, der von einer mit Strafe bedrohten Handlung Kenntnis erhält oder sich durch eine solche verletzt glaubt, ist berechtigt, eine Anzeige an die Beamten und Angestellten der gerichtlichen Polizei einzureichen (StrV 70). Die von Anwälten abgefassten Strafanzeigen werden regelmässig direkt an den Untersuchungsrichter gerichtet.

b) Die Beamten und Angestellten der gerichtlichen Polizei sind verpflichtet, strafbare Handlungen, die ihnen in ihrer amtlichen Stellung bekannt werden, anzuzeigen (StrV 71).

c) Der Bezirksprokurator kann die Eröffnung einer Strafverfolgung durch den zuständigen Untersuchungsrichter anordnen (StrV 87).

d) Der Untersuchungsrichter ist verpflichtet, die gerichtliche Strafverfolgung von Amtes wegen einzuleiten, wenn er auf irgend eine andere Weise von einer strafbaren Handlung Kenntnis erhält (StrV 88, 100 und 101).

Unter diesen verschiedenen Möglichkeiten kommt der *amtlichen Anzeige* der Polizeiorgane die grösste Bedeutung zu.

Das StrV enthält keine äussere Zweiteilung des Verfahrens in « Ermittlungsverfahren » und « gerichtliche Untersuchung ». Das StrV ist eine Weiterbildung und Modernisierung des GVSt und hat vor allem die polizeiliche Generalinquisition des Regierungsstatthalters beseitigen wollen [1]). Wenn auch das Gesetz in keiner Titelüberschrift vom « Ermittlungsverfahren » oder von den « Vorerhebungen » der Polizeiorgane spricht, so findet doch ein Ermittlungsverfahren in allen denjenigen Fällen statt, wo eine amtliche Anzeige erfolgt oder die private Strafanzeige bei der Polizei eingereicht wird [2]). Ein Ermittlungsverfahren findet aber nicht in allen Straffällen statt [3]).

Träger des polizeilichen Ermittlungsverfahrens ist die gerichtliche Polizei. Erst die französische Gesetzgebung hat am Ende des 18. Jahrhunderts als Folgerung des Grundsatzes der Gewaltentrennung die Aufgaben der gerichtlichen Polizei scharf von denjenigen der Verwaltungspolizei geschieden. Nur die ge-

[1]) Thormann: Erläuterungen 1926, S. 4.
[2]) Vgl. StrV 71.
[3]) Stämpfli ZbJV 63, S. 97.

richtliche Polizei (Kriminalpolizei) hat Funktionen der Strafrechtspflege auszuüben [4]). Die Organe der gerichtlichen Polizei handeln aus einer eigenen Aufgabe heraus und nicht nur aus einer Art Gehilfenschaft gegenüber dem Untersuchungsrichter und den Gerichten. Die Tätigkeit der gerichtlichen Polizei ist aber keine gerichtliche, da ihr das Moment der richterlichen Unabhängigkeit fehlt [5]). Die Bezeichnung «gerichtliche Polizei» ist irreführend und würde besser durch den Ausdruck «Verfolgungspolizei» ersetzt [6]). Die polizeilichen Untersuchungshandlungen haben auch nicht die Bedeutung richterlicher Untersuchungshandlungen.

Durch die Staatsverfassung ist jedem Bürger die persönliche Freiheit gewährleistet, und damit ist der Grundsatz des möglichsten Schutzes jedes Staatsbürgers vor der Allmacht der Polizei anerkannt (KV 73 ff). Diesem Interesse des einzelnen Bürgers steht jedoch das Interesse des Staates an einem kräftigen und raschen Einschreiten gegen das Verbrechertum gegenüber. Da mit einem gründlichen Einschreiten der Polizeiorgane oft bereits der halbe Erfolg einer Strafverfolgung gesichert ist, dürfen der Polizei nicht allzu grosse Schranken gesetzt werden. Die Polizeiorgane haben bei der Beratung des Gesetzes umfassende Kompetenzen verlangt, da alle ihre Tätigkeit einschränkenden Normen dazu führen würden, dass sie den wechselnden Bedürfnissen und dem wechselnden Verfahren, das die Verbrecher immer neu erfinden, nicht gewachsen wären und gewissermassen vom Verbrechertum überholt würden. Da den Verbrecher keine Artikel des Gesetzes hindern, müsse den Polizeiorganen Vertrauen geschenkt und umfassende Kompetenzen gewährt werden [7]).

II. Umfang der polizeilichen Ermittlungen.

Wenn den Polizeiorganen auch für die Vorerhebungen umfassende Kompetenzen gewährt werden müssen, so hat sich anderseits das polizeiliche Ermittlungsverfahren in den Grenzen zu bewegen, die der Zweck dieses Stadiums umzeichnet. Das Gesetz umschreibt den Umfang der polizeilichen Ermittlungstätigkeit zu wenig deutlich. Dies hat zur Folge, dass voreilige und übereifrige Polizeiorgane oft eigentliche Untersuchungshandlungen vornehmen, die in die Kompetenz des Untersuchungsrichters oder der Gerichte fallen würden.

Theoretisch liegt die Grenze zwischen Ermittlungsverfahren und eigentlicher Untersuchung da, wo die Polizeiorgane zur Ansicht gekommen sind, dass eine bestimmte Person einer bestimmten Straftat so weit überwiesen sei, dass sich die Anwendung richterlicher Zwangsgewalt rechtfertigt. Diese Grenze lässt sich aber, da sie nur subjektiv gezogen werden kann, nicht genau angeben [8]). Für die Abgrenzung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens vom gerichtlichen Verfahren spielt nicht nur die Unzweckmässigkeit einer durch zwei Arbeiter vorgenommenen gleichen Arbeit eine Rolle, sondern namentlich das Interesse des Strafverfolgten, der im gerichtlichen Verfahren eine gesichertere Stellung hat

[4]) Bloch S. 19; Röthlisberger S. 27.
[5]) Meyer Carl S. 77 und 79.
[6]) Meyer Carl S. 10.
[7]) Röthlisberger S. 65, 67 und 117.
[8]) Meyer Carl S. 40 und 113.

als im Ermittlungsverfahren. Die Organe der gerichtlichen Polizei haben umfassende Kompetenzen, ohne dass dem Verdächtigten besondere Verfahrensrechte zustehen oder bei unbegründeter Ermittlungstätigkeit ein Entschädigungsanspruch zukommt, während der Untersuchungsrichter an eine grosse Zahl imperativer Vorschriften gebunden ist und dem Angeschuldigten prozessuale Rechte zustehen.

Der Rahmen der polizeilichen Aufgabe lässt sich damit bestimmen, dass die Kriminalpolizei die Verfolgung von begangenen Verbrechen so weit auszudehnen und Beweismittel so weit zu sammeln hat, dass die gerichtliche Untersuchung mit Wahrscheinlichkeit auf Erfolg eingeleitet werden kann [9]). Es muss sich regelmässig der Untersuchungsrichter über die Eröffnung der Strafverfolgung schlüssig werden (StrV 86). Die Materialsammlung der gerichtlichen Polizei erfolgt im Vorerhebungsstadium zuhanden des Untersuchungsrichters und nicht als Generalinquisition. Eine eigentliche Beweismittelsammlung hat nicht stattzufinden. Die Organe der gerichtlichen Polizei haben nicht Beweismittel, sondern lediglich Informationen für den Untersuchungsrichter und den Einzelrichter zu ermitteln. Nur in den Fällen, wo ein Verlust von Beweismitteln zu befürchten ist oder die Person des Verdächtigten sichergestellt werden muss, soll die Polizei die weitreichenden Massnahmen der Festnahme, vorläufigen Verwahrung und polizeilichen Haussuchung vornehmen. Wenn auch aus StrV 65 und 71 ein Recht der Kriminalpolizei auf Beweismittelsammlung abgeleitet werden kann, muss doch festgehalten werden, dass im Vorerhebungsstadium Beweiserhebungen die Ausnahme bilden müssen. Erst in der Voruntersuchung sind Beweise zu erheben. Wegen dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung ist sogar in der Voruntersuchung die Beweiserhebung eine beschränkte; sie soll in der Voruntersuchung nur soweit erfolgen, dass die Ueberweisungsbehörden eine Grundlage für den Ueberweisungsbeschluss erhalten und das Prinzip der Kontinuität der Hauptverhandlung möglichst gewahrt werden kann. Aus diesen Bestimmungen geht hervor, dass im Ermittlungsverfahren die Beweiserhebung bloss ausnahmsweise erfolgen darf. *Die Kriminalpolizei hat nur die notwendigsten Ermittlungen vorzunehmen, nie aber eine eigentliche Untersuchungstätigkeit zu entwickeln.* Die Aufgabe des polizeilichen Ermittlungsstadiums besteht nur darin, die Spuren ausfindig zu machen, die « zur Aufdeckung der meist in der Verborgenheit verübten Straftat führen » [10]).

Der Umfang der polizeilichen Ermittlungstätigkeit ist auch von der Natur der Straftat abhängig:

a) Bei den strafbaren Handlungen, die in die Zuständigkeit des Einzelrichters fallen, wird in der Regel das Hauptverfahren unmittelbar nach den polizeilichen Vorerhebungen eingeleitet (StrV 88, Ziff. 1, Abs. 3, und Ziff. 2). In allen den Fällen, wo keine Voruntersuchung stattfindet, hat das polizeiliche Ermittlungsverfahren so vollständig zu sein, dass die Ueberweisungsfrage gelöst werden kann und die Hauptverhandlung vorbereitet wird (arg. aus StrV 89).

---

[9]) Meyer Carl S. 80.
[10]) Bloch S. 15 und 19; Meyer Carl S. 79.

b) Bei den strafbaren Handlungen, bei welchen voraussichtlich eine Voruntersuchung stattfinden wird, muss die Tätigkeit der Kriminalpolizei beschränkt werden. Wenn dies nicht geschieht, erhält man das Bild von Hauptverhandlungen, in welchen hauptsächlich auf Grund der Akten entschieden wird und das Prinzip der Unmittelbarkeit nur dem Scheine nach gewahrt wird.

Für die Straffälle, in welchen sowohl die «Verfolgungspolizei» tätig wird, wie auch eine gerichtliche Voruntersuchung stattfindet, gibt Carl Meyer [11]) eine gute Umschreibung der Aufgaben der Kriminalpolizei:

a) Sofern keine Gefahr im Verzug ist, hat die Kriminalpolizei die Pflicht zur Anzeige an den Untersuchungsrichter, zur Aufnahme eines Protokolls, Sorge für Erhaltung der Beweismittel in dem Zustande, in dem sie der Verbrecher gelassen hat, und eventuell provisorische Festnahme des Verdächtigten bis maximal 24 Stunden.

b) Wenn Gefahr im Verzuge ist, hat die Kriminalpolizei die ersten Feststellungs- und Verfolgungshandlungen vorzunehmen und die Indizien zu sammeln, aber immer mit der Schranke, dass sich diese Tätigkeit nur auf das dringend Notwendige erstrecken darf.

Das StrV enthält keine derart prägnante Bestimmungen für den Umfang der polizeilichen Vorerhebungen. Nach geltendem Strafverfahren hat die Kriminalpolizei zur Aufgabe den strafbaren Handlungen nachzuforschen, den Täter zu ermitteln und nötigenfalls zu sichern, sowie die Beweismittel soweit zu sammeln und sicherzustellen, dass die notwendigen Grundlagen zur Eröffnung einer Strafverfolgung vorhanden sind [12]).

§ 7. Die Stellung des Verdächtigten.

Im Einleitungsstadium existiert ein Angeschuldigter regelmässig noch nicht. Der Verdacht freilich richtet sich stets gegen eine Person, ob er begründet sei oder nicht und ob überhaupt begründeter Anlass zu einem Tatverdacht vorhanden sei oder nicht [1]). Es ist nicht notwendig, dass im polizeilichen Ermittlungsverfahren ein bestimmter Verdächtigter besteht. Die Vorerhebungen können vielmehr gerade dazu dienen, einen Verdächtigen zu ermitteln [2]).

Der Verdächtigte steht wie jeder Staatsbürger unter der Zwangsgewalt des Staates. Er ist während den polizeilichen Vorerhebungen nicht Prozeßsubjekt, sondern lediglich Gegenstand der Ermittlungen der Kriminalpolizei. Er besitzt

[11]) Meyer Carl S. 109.
[12]) StrV 65; Röthlisberger S. 33.
[1]) Das Gesetz bezeichnet den Verdächtigten als «Täter», «eine auf frischer Tat ertappte Person», «Festgenommenen» usw., vermeidet aber in konsequenter Weise in diesem Stadium das Wort «Angeschuldigter». Vgl. StrV 71, 73, 74, 76. Mit dem Vorentwurf 1912 (Art. 64) und andern Autoren wird in der vorliegenden Arbeit vom «Verdächtigten» oder auch vom «Verdächtigen» gesprochen.
[2]) Bachtler S. 45.

keine eigentlichen Rechte, sondern lediglich einen Anspruch, dass die gesetzlichen Normen richtig angewendet werden. Gerade dieser Umstand fordert eine möglichste Beschränkung der polizeilichen Ermittlungstätigkeit.

1. Die Massmahmen, welche die Kriminalpolizei zur *Ermittlung des Täters* vorzunehmen befugt ist, werden im Gesetz nicht abschliessend aufgezählt. Die Kriminalpolizei ist zu allen ihr geeignet scheinenden, gesetzlich zulässigen Massnahmen befugt, die der Ermittlung des Täters dienen (StrV 71, Abs. 2). Gesetzlich zulässig sind nur die Massnahmen, die in StrV 71—78 vorgesehen sind. Es werden aber « die im Interesse der Strafverfolgung notwendigen Massnahmen » in StrV 71, Abs. 2, nur beispielsweise aufgezählt, so dass die Kriminalpolizei z. B. auch zur Blutentnahme zwecks Feststellung des Alkoholgehaltes befugt ist, ohne dass das Gesetz über diese eingreifende Massnahme eine Bestimmung enthält.

2. Jede Person, die von den Polizeiorganen auf frischer Tat ertappt wird oder einer Straftat dringend verdächtig ist, kann durch die Polizei *angehalten* werden. Ein dringender Verdacht besteht nicht schon durch eine allgemeine üble Nachrede oder das öffentliche Geschrei, sondern erst durch eigene Wahrnehmung der Polizeiorgane oder Mitteilung glaubwürdiger Personen (StrV 72). Jedermann ist befugt, eine auf frischer Tat ertappte Person anzuhalten, um den Verdächtigten der Polizei auszuliefern [3]).

3. Jede wegen eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtigte Person kann durch die Kriminalpolizei *festgenommen* werden, wenn dies zur Sicherung des Täters oder zur Verhinderung weiterer Straftaten geboten erscheint. Bei Polizeiübertretungen gelten die einschränkenden Bestimmungen von StrV 74 [4]). Die Festnahme dient rein polizeilichen Zwecken und unterscheidet sich von der Untersuchungshaft durch ihren provisorischen Charakter. Ihr Zweck erschöpft sich in der Ermöglichung der Zuführung des Festgenommenen an den Untersuchungsrichter. Für die Festnahme genügt ein dringender Verdacht, während für die Haftverhängung noch die Requisiten der Fluchtgefahr oder der Kollusionsgefahr vorhanden sein müssen. — Der Untersuchungsrichter hat jede polizeilich festgenommene Person « unter allen Umständen innerhalb 24 Stunden nach ihrer Einlieferung zu vernehmen » (StrV 82, Abs. 2). Dagegen ist im Gesetz die noch im Vorentwurf von 1912 enthaltene Bestimmung, dass der « Festgenommene so schnell es die Verhältnisse gestatten und spätestens innerhalb 24 Stunden » dem Untersuchungsrichter zuzuführen sei, fallen gelassen worden [5]). Wenn auch das StrV nur vorschreibt, dass der Festgenommene dem Untersuchungsrichter des Bezirkes zuzuführen sei, in welchem die Festnahme erfolgte, heisst dies nicht, dass der Festgenommene beliebig lange im polizeilichen Gewahrsam gehalten werden darf. Weil die Festnahme eine Freiheitsentziehung darstellt, gilt auch ohne starre Zeitvorschriften der Grundsatz, dass in jedem Falle eine raschmöglichste Entscheidung durch den Untersuchungsrichter her-

[3]) Sog. Zwangsgestellung; Bloch S. 45.
[4]) Vgl. GVSt 62; Bloch S. 44 ff.; Waiblinger N 1—3 zu Art. 74.
[5]) Vorentwurf 1912 Art. 59; StrV 76.

beigeführt werden muss, ob nun der Festgenommene freizulassen oder definitiv verhaftet werden soll (StrV 119) [6]).

4. Den Polizeiorganen steht gegenüber dem Angeschuldigten *kein Vorladungsrecht* zu. Ein Zwang, vor der Kriminalpolizei zu erscheinen, darf gegen den Verdächtigten durch die Polizei nicht ausgeübt werden [7]).

5. Da die Polizei zur Feststellung des Tatbestandes Personen zur Auskunfterteilung anhalten kann, kann sie sich auch beim Verdächtigten zur eigenen Information erkundigen (StrV 71). Der Verdächtigte darf aber die Polizeiorgane wegweisen, da er *keine Pflicht zur Auskunfterteilung* oder sogar zur Geständnisablegung hat. Verweigert der Verdächtigte die Auskunfterteilung, wird dieser Umstand im polizeilichen Protokoll vermerkt. Erst dem Untersuchungsrichter und dem Richter ist die Abhörung des Angeschuldigten ausdrücklich vorgeschrieben. In der Praxis erfolgt allerdings eine Einvernahme des Verdächtigten durch die Polizeiorgane häufig. Es wird dabei, da das Gesetz über die Abhörung durch die Kriminalpolizei keine Vorschriften enthält, nach den Grundsätzen richterlicher Einvernahmen vorgegangen. Vom polizeilichen Standpunkt aus wird das Vernehmungsrecht der Kriminalpolizei mit Zweckmässigkeitsgründen und der in StrV 71 enthaltenen Generalklausel begründet [8]).

Ob nun die Aufgabe der Kriminalpolizei überhaupt dahin geht, den Verdächtigten einzuvernehmen, geht aus dem Gesetz nicht ausdrücklich hervor. Die Gewährung von allzu grossen Machtbefugnissen an untergeordnete Polizeiorgane, denen nicht die fachmännische Schulung und Erfahrung eines Untersuchungsrichters zukommt, schadet dem Untersuchungszweck oft. Die Kunst der Vernehmung ist nicht jedem Polizeiorgan gegeben. Erst der juristisch gebildete Untersuchungsrichter bietet die notwendigen Garantien für eine zweckmässige Vernehmung. Die Abhörung des Angeschuldigten geschieht in der Voruntersuchung und in der Hauptverhandlung: der Untersuchungsrichter führt die polizeilichen Ermittlungen nicht nur dort fort, wo sie unterbrochen worden sind, sondern er muss jeden Angeschuldigten abhören [9]). Aus dem Zweck des polizeilichen Ermittlungsverfahrens, der Aufgabenabgrenzung der einzelnen Verfahrensstadien, dem Bestreben, jede unnötige Doppelspurigkeit zu vermeiden, und unter Berücksichtigung der knappen zeitlichen Beschränkung des Ermittlungsverfahrens, ergibt sich, dass eine eingehende Abhörung des Verdächtigten durch die Kriminalpolizei nicht angebracht ist.

6. Ueberall da, wo gegen den Verdächtigten nur entfernte Verdachtmomente vorliegen, sollte die Kriminalpolizei zur Schonung seiner Ehre in den *Vorladungen* an Drittpersonen den Namen des Verdächtigten nicht nennen [10]).

7. Die im Interesse der Strafverfolgung am Verdächtigten vorzunehmenden Massnahmen *(Daktyloskopie, Messungen, Photographie und Blutentnahme)* sind

[6]) Sandmeyer S. 115 ff. und 128 ff.; Bloch S. 49.
[7]) Röthlisberger S. 127 ff.; Garraud Bd. II, S. 217; Löwe N 3 *b* zu § 159.
[8]) Röthlisberger S. 131.
[9]) StrV 105, 134, 242, 249 und 289.
[10]) StrV 48, Ziff. 3; Lohsing S. 301.

ohne unnötige Strenge vorzunehmen. Sie können aber erzwungen werden, wenn sich der Verdächtige ihnen nicht freiwillig unterziehen will [11]).

8. Eine polizeiliche *Haussuchung* darf nur in den Fällen, wo jemand eines Verbrechens oder eines Vergehens dringend verdächtig ist oder auf frischer Tat ertappt wird, und wo eine vorherige Einholung eines Auftrages des Regierungsstatthalters, des Untersuchungsrichters oder des Einwohnergemeinderatspräsidenten nicht möglich ist, durch die Kriminalpolizei ohne solchen Auftrag ausgeführt werden (StrV 78) [12]). Wegen dem verfassungsmässig garantierten Hausrecht soll aber die Kriminalpolizei von dieser weitgehenden Befugnis nur ausnahmsweise bei schweren Verbrechen Gebrauch machen.

9. Sehr weit geht das Recht der Polizeiorgane, Gegenstände, mit denen die strafbare Handlung begangen worden ist oder die als Beweismittel dienen können, vorläufig in *Verwahrung* zu nehmen (StrV 77). Die Polizeiorgane sollten eine vorläufige Verwahrung nur dann vornehmen, wenn die Beseitigung, Zerstörung oder Veränderung von Gegenständen zu befürchten ist, die für die Erforschung der Straftat bedeutsam sind [13]).

Die Erteilung dieser umfassenden Kompetenzen an die Polizeiorgane ohne wirksame Sicherung des Verdächtigten bewirken, dass der Bürger auch heute noch im polizeilichen Ermittlungsverfahren eine schlechte Stellung einnimmt [14]). Die im Interesse einer wirksamen Verbrechensbekämpfung notwendige Ordnung ist nur bei der Bekämpfung schwerer Verbrechen berechtigt. Bei geringfügigen Vergehen steht der dem Verdächtigten durch die Kriminalpolizei angerichtete Schaden oft in keinem Verhältnis zu der Schwere der Straftat. Unter der Herrschaft des geltenden Gesetzes kann nur eine gründliche Schulung und zweckmässige Auswahl der Polizeiorgane eine Gewähr dafür bieten, dass die Kriminalpolizei die allgemein anerkannten Rechte des Bürgers nicht unnötig verletzt [15]).

---

[11]) Röthlisberger S. 65 ff.
[12]) Aehnliche Regelung in GVSt 53 und 63.
[13]) Meyer Carl S. 139; Gossweiler S. 34.
[14]) Vgl. aber StrV 64 (Beschwerderecht).
[15]) Die vom polizeilichen Standpunkt aus geschriebene Arbeit von Röthlisberger schliesst mit dem Postulat, dass die Kompetenzen der Polizei noch erweitert werden sollten (S. 139).

III. KAPITEL.

Die Voruntersuchung.

§ 8. Die Stellung des Angeschuldigten in der Voruntersuchung.

I. Die Eröffnung der gerichtlichen Strafverfolgung.

Die Initiative zur Strafverfolgung liegt bei den Polizeiorganen des Kantons und der Gemeinden, den Beamten und Angestellten, denen in besondern Gesetzen hinsichtlich bestimmter Amtsverrichtungen polizeiliche Aufgaben übertragen sind, den beeidigten Wald-, Feld-, Jagd- und Fischereiaufsehern von Privatleuten in ihrem Geschäftsbereiche und ferner bei den Privaten, die von einer mit Strafe bedrohten Handlung Kenntnis erhalten oder sich durch eine solche verletzt glauben (StrV 66, Ziff. 1 und 2, 70). Der Untersuchungsrichter und der Bezirksprokurator sind nur subsidiär zur Einleitung des Verfahrens vorgesehen (StrV 87)[1]). Die Einleitung des Verfahrens durch den Bezirksprokurator erfolgt nur im Falle pflichtwidriger Unterlassung seitens der übrigen Organe der gerichtlichen Polizei. Der bernische Staatsanwalt ist weder ausschliesslicher noch notwendiger Initiant der Strafverfolgung. Häufiger kommt der Untersuchungsrichter zu einer selbständigen Einleitung des Verfahrens.

In der Regel überprüft also der Untersuchungsrichter nach Einlangen der privaten oder amtlichen Anzeigen oder Protokolle, ob die zur Anzeige gebrachten Handlungen mit Strafe bedroht sind und ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Strafverfolgung vorliegen (StrV 82). Je nach dem Ergebnis dieser Prüfung trifft er einen *Eröffnungsbeschluss* oder einen *Nichtfolgegebungsbeschluss* (StrV 84 und 86).

Die Beschlussfassung wird ohne Beteiligung des Angeschuldigten vorgenommen. Doch dient das ganze Verfahren der Eröffnung der gerichtlichen Strafverfolgung dem Angeschuldigten als Garantie dafür, dass gegen ihn nicht eine gerichtliche Untersuchung eingeleitet wird, ohne dass die gesetzlichen Voraussetzungen der Strafverfolgung durch den Untersuchungsrichter überprüft worden sind. Die gerichtliche Strafverfolgung wird eröffnet durch *Einleitung einer Voruntersuchung* oder *Ueberweisung an den Einzelrichter* (StrV 88).

II. Sicherung des Angeschuldigten durch Trennung der Prozessfunktionen.

1. Im inquisitorischen Verfahren und im reformierten Strafverfahren nach dem GVSt musste in der inquisitio generalis zuerst ein persönlicher Verdacht begründet werden, bevor eine Inquisitio spezialis eingeleitet werden konnte. Nach inquisitorischer Auffassung war die Einleitung einer Hauptuntersuchung

[1]) Trüssel S. 109; GO 89 wird durch das StrV zum Teil modifiziert.

nicht möglich ohne starke Beeinträchtigung der Individualinteressen des Angeschuldigten. Mit der Neugestaltung der Voruntersuchung im StrV gelten diese Ueberlegungen nicht mehr. Der Angeschuldigte ist im polizeilichen Ermittlungsverfahren schlechter gestellt und hat daher ein Interesse daran, dass möglichst rasch der Untersuchungsrichter die Sache an die Hand bekommt [2]).

2. In der Trennung des Untersuchungsstadiums vom Erkenntnisstadium kann dagegen eine wirksame Sicherung für den Angeschuldigten liegen. Das StrV hat die Prozessabschnitte der Untersuchung und Aburteilung nur bei den Fällen, die in die sachliche Zuständigkeit des Geschworenen- oder des Amtsgerichtes fallen können, in Voruntersuchung und Hauptverhandlung getrennt. [3]) Wegen dem Prinzip der Unmittelbarkeit [4]) wird auch in den Fällen, wo eine Voruntersuchung stattfindet, Untersuchung und Beurteilung nur zum Teil getrennt.

Die Trennung in Voruntersuchung und Hauptverhandlung hat Vor- und Nachteile. Die ganze Voruntersuchung ist wissenschaftlich umstritten. Eine Richtung geht auf gänzliche Abschaffung und die andere auf Verbesserung des Systems der Voruntersuchung [5]). Im Inquisitionsprozess hatte man dem Untersuchungsrichter das Recht der Entscheidung entzogen, weil man ihn durch die bisher geführte Untersuchung für befangen hielt. Dies war nicht folgerichtig, da dem Urteil dann gleichwohl die schriftlichen Aufzeichnungen des eingestandenermassen befangenen Untersuchungsrichters zugrunde gelegt wurden. Der bernische Untersuchungsrichter nimmt eine andere Stellung ein, als der Inquirent des gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses. Er ist ein den Gerichten beigegebener Beamter (GO 77). Es kommt ihm faktisch aber die Stellung einer Verfolgungsbehörde und nicht diejenige eines unabhängigen, überparteilichen Richters zu [6]). Nach den Erfahrungstatsachen neigt nun jede Verfolgungsbehörde leicht dazu, sich selber recht zu geben, indem sie den Strafverfolgten des Verbrechens schuldig erklären möchte, wegen dessen das ganze Verfahren durchgeführt wird [7]). Wenn nun das urteilende Gericht die ganze Untersuchung selber besorgt, steht es selber in der voreingenommenen Stellung des Verfolgungsbeamten. Ein solches Bild ergibt sich oft in einzelrichterlichen Straffällen, wo der Einzelrichter die ganze Untersuchung und Aburteilung selbständig besorgt (GO 79, StrV 31, 82, 88, Ziff. 2). Es liegt deshalb im System der Voruntersuchung überall da, wo Untersuchungsrichter und Vorsitzender des urteilenden Gerichtes nicht identisch sind, *ein Schutz des Angeschuldigten vor Einseitigkeit des urteilenden Gerichtes.* Nach der bernischen Gerichtsorganisation obliegen die Verrichtungen des Untersuchungsrichters ordentlicherweise dem Gerichtspräsidenten, und dieser ist ordentlicherweise Präsident des Amtsgerichtes

---

[2]) Bachtler S. 41 und 58.

[3]) Ausnahmen von diesem Grundsatz: StrV 88, Ziff. 1, Abs. 2 und 3.

[4]) Unter dem Prinzip der *Unmittelbarkeit* verstehen wir die Forderung, dass die Urteilsgrundlagen durch eigene sinnliche Wahrnehmungen des urteilenden Richters gewonnen werden müssen. Gerland Heinrich: Der deutsche Strafprozess, S. 171; Krauer S. 46; Zürcher S. 48 ff.; von Dach S. 83.

[5]) Delaquis: Die Voruntersuchung im deutschen Strafverfahren, Bern, 1920.

[6]) Bloch S. 19.

[7]) Holzendorff: Handbuch des Strafprozessrechtes. Bd. I, S. 389; Ruth S. 11.

(GO 36 und 79) [8]). Da im Amtsgericht neben dem Präsidenten noch vier Amtsrichter sitzen, ist die Unbefangenheit des Gerichtes gegenüber dem Angeschuldigten hinreichend gewahrt. Eine vollständige Trennung zwischen dem Träger der Voruntersuchung und dem urteilenden Gericht haben wir beim Geschworenengericht und der Kriminalkammer.

Auch aus dem Grunde, da für die Voruntersuchung im Gegensatz zur Hauptverhandlung die Publikumsöffentlichkeit nicht gilt, kann der Angeschuldigte an der Durchführung einer Voruntersuchung ein Interesse haben (StrV 93, 211) [9]). Es liegt in der Voruntersuchung eine gewisse *Garantie gegen eine ungerechtfertigte Ueberweisung an das urteilende Gericht* [10]). Diese Garantie kam im GVSt in ungenügender Weise zum Ausdruck, da der Angeschuldigte in der Spezialuntersuchung seine Interessen nicht in richtiger Weise wahren konnte. Erst das StrV hat durch Neugestaltung der Voruntersuchung diese Sicherung wirksam gestaltet.

Aus allen diesen Gründen wurde mehrfach das Postulat gestellt, dass dem Angeschuldigten das Recht eingeräumt werden sollte, in allen Straffällen die Durchführung einer Voruntersuchung anzubegehren [11]).

III. Struktur der Voruntersuchung.

1. Die Voruntersuchung bezweckt die Sammlung des Beweismaterials für die Entscheidung der Frage, ob eine Person wegen einer ihr zur Last gelegten Handlung vor das urteilende Strafgericht gewiesen werden soll. Sie dient zur Sicherung der Beweismittel und zur Vorbereitung der Hauptverhandlung. Innerhalb dieser Grenzen sind die zur Belastung des Angeschuldigten und die zu seiner Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln (StrV 89). Grundsätzlich sind die Voruntersuchungshandlungen nicht öffentlich und werden ohne Einmischung der Parteien durchgeführt (StrV 93). Die Abwesenheit des Angeschuldigten hindert die Voruntersuchung nicht. Es gilt während der Voruntersuchung das *Prinzip der Heimlichkeit* und *Nichteinmischung der Parteien*.

In der Wissenschaft wurde von einer radikalen Richtung eine akkusatorische Ausgestaltung der Voruntersuchung mehrfach vertreten [12]). Diese Richtung nahm an, dass eine vom Untersuchungsrichter geführte Verfolgung die Interessen des Angeschuldigten nicht wahren könne und regten eine staatsanwaltschaftliche Verfolgungstätigkeit an, wobei dem Untersuchungsrichter dann alle richterlichen Handlungen zukämen. Diese radikale Richtung schob jedoch die Mängel, welche der bisherigen Untersuchung anhafteten, einseitig dem Inquisitionsprinzip zur Last [13]). Da ein reiner Akkusationsprozess nur

[8]) Untersuchungsrichter und Einzelrichter in Strafsachen sind nicht identisch in den Amtsbezirken Bern und Biel.

[9]) Vgl. § 17 I der vorliegenden Arbeit.

[10]) Thormann: Bericht S. 8.

[11]) Glaser: Handbuch des Strafprozessrechtes, Leipzig 1893. Bd. II, S. 392; Bloch S. 84 f.

[12]) Zachariae Bd. I, S. 46 ff.; Meyer Hugo S. 18; dagegen: Stämpfli ZbJV 63, S. 60 ff.

[13]) Stämpfli ZbJV 63, S. 63.

eine passende Form für ein von der Verhandlungsmaxime beherrschtes Verfahren ist, der Anklagegrundsatz das restlose Auswirken der Offizialmaxime hindert (ohne dazu allerdings in unvereinbarem Gegensatz zu stehen) und die Mängel des frühern Verfahrens nicht in dem Inquisitionsprinzip als solchem begründet sind, ist die Voruntersuchung im StrV im wesentlichen nach dem *Untersuchungsprinzip* ausgestaltet [14]). « Denn es wäre ein konsequent durchgeführter Parteiprozess in der Voruntersuchung und eine absolute Gleichstellung des Angeschuldigten mit dem Verfolgungsbeamten gleichbedeutend mit dem Zusammenbruch aller Strafrechtspflege » [15]). Auch mit Rücksicht auf die Organisation der bernischen Staatsanwaltschaft wäre in diesem Stadium ein kontradiktorisches Verfahren nicht durchführbar [16]).

Wenn auch technisch die Voruntersuchung fast völlig inquisitorisch ausgestaltet ist, so kommt doch dem Angeschuldigten, der nicht mehr als blosses Untersuchungsobjekt, sondern als Rechtssubjekt betrachtet wird, eine gesicherte Stellung zu, da einerseits eine *Beaufsichtigung der Voruntersuchung* stattfindet und anderseits *dem Angeschuldigten in der Voruntersuchung prozessuale Rechte gewährt werden.*

2. Die Staatsanwaltschaft beteiligt sich an der Voruntersuchung nicht als Partei, sondern als Aufsichtsbehörde. Sie hat die Interessen der Untersuchung und die Interessen des Angeschuldigten zu vertreten. Die Staatsanwaltschaft hat eine unparteiische Stellung einzunehmen und nicht etwa als Ankläger im Sinne des Akkusationsverfahrens aufzutreten [17]). Das StrV hat dem einen Inquirenten des Untersuchungsprozesses einen zweiten Untersuchungsbeamten als kontrollierenden Vorgesetzten an die Seite gegeben. Der Staatsanwalt kann bei Nachlässigkeit des Untersuchungsrichters oder Verletzung von Amtspflichten oder Formvorschriften durch den Untersuchungsrichter bei der Anklagekammer Beschwerde führen [18]).

3. Die Voruntersuchung heisst zwar « gerichtliches Verfahren », und sie ist es auch in ihrer Form [19]); aber zwischen dem Angeschuldigten und dem Staatsanwalt herrscht während der ganzen Voruntersuchung eine wesentliche Verschiedenheit, indem dieser während des ganzen Vorverfahrens nicht Partei, sondern eine den Organen der gerichtlichen Polizei übergeordnete Aufsichtsbehörde ist. Zu Beginn der Voruntersuchung wird der Untersuchungsrichter ohne Einmischung der Parteien vorgehen und die wesentlichen Untersuchungshandlungen vornehmen. Von einem von ihm zu bestimmenden Zeitpunkt an wird der Untersuchungsrichter den Parteien die Parteirechte nach StrV 95 ff. einräumen. Diesen Zeitpunkt bestimmt der Untersuchungsrichter nach freiem Ermessen, jedoch noch vor Beendigung der Voruntersuchung. Auf die Bestimmung des

[14]) Bloch S. 1; Krauer S. 20 und 21; von Dach S. 72 f. Wach; Deutsche Strafrechtszeitung 1920, S. 78. Vgl. auch § 2 V der vorliegenden Arbeit.
[15]) Hafter Z 15, S. 350; Stämpfli ZbJV 63, S. 106.
[16]) Thormann: Erläuterungen 1912, S. 4.
[17]) Trüssel S. 116.
[18]) StrV 87bis, 94, 98, 125, 128, 183, Abs. 3, 64, 69.
[19]) Ob die Struktur der Voruntersuchung eine gerichtliche oder gerichtspolizeiliche sei, s. Bloch S. 19—23.

Zeitpunktes der Parteibeteiligung haben der Angeschuldigte und sein Verteidiger keinen Einfluss [20]). Der Untersuchungsrichter setzt in der Regel, nach der im Widerspruch zum Wortlaut von StrV 95 stehenden Gerichtspraxis, den Parteien erst dann, wenn er die Untersuchung als vollständig erachtet, eine Frist an, innerhalb derer die Parteirechte nach StrV 95 ff. ausgeübt werden können. Nach Ablauf der Frist erklärt der Untersuchungsrichter den Schluss der Voruntersuchung. Der Zeitpunkt, von dem an sich die Parteien nach StrV 95 ff. am Verfahren beteiligen können, fällt somit in der bernischen Praxis regelmässig gegen das Ende der Voruntersuchung. — Das Fehlen von objektiven Kriterien für die Festsetzung des Zeitpunktes der Parteibeteiligung ist zu bedauern; die gesetzgeberische Lösung erfolgte aus Zweckmässigkeitsgründen wegen der Vielgestaltigkeit der Untersuchungen. — Die Rechte, die dem Angeschuldigten in der Voruntersuchung gewährt werden, gehen je nach dem Stadium derselben verschieden weit:

a) *Voruntersuchung vor dem Zeitpunkt, von dem an sich die Parteien daran beteiligen können:* Währenddem der Bezirksprokurator befugt ist, jederzeit von den Untersuchungsakten Einsicht zu nehmen, Untersuchungshandlungen beizuwohnen und die Vornahme einzelner Untersuchungshandlungen durch den Untersuchungsrichter anzuordnen, steht dem Angeschuldigten oder seinem Verteidiger kein entsprechendes Einmischungsrecht gegenüber (StrV 94) [21]). Im ersten Stadium der Voruntersuchung kommen dem Angeschuldigten u. a. folgende Rechte zu: Recht abgehört zu werden, Recht auf Aussageverweigerung, Recht auf gebührliche Behandlung, Recht auf materielle Verteidigung, Recht auf Haftverschonung, Recht zur Haussuchung beigezogen zu werden, usw.

b) *Voruntersuchung nach dem Zeitpunkt der Parteibeteiligung:* Vom Zeitpunkt der Parteibeteiligung an kommen einzelne Prinzipien des kontradiktorischen Verhandelns zur Anwendung, die Heimlichkeit wird nicht mehr aufrechterhalten und den Parteien kommen Parteirechte zu [22]). Im wesentlichen ist schon in diesem Stadium die Gleichheit der Parteirechte zwischen Angeschuldigten und Privatkläger durchgeführt [23]).

§ 9. Prinzip der Unschuldsvermutung und Recht auf gebührliche Behandlung.

I. Praesumptio boni viri.

Das Prinzip der Unschuldsvermutung besagt, dass der Angeschuldigte solange für unschuldig zu halten ist, bis der Beweis seiner Schuld jeden Zweifel ausschliessend erbracht ist [1]). Dieser Grundsatz liegt allen strafprozessualen Bestimmungen zugrunde. Nach dem Rechtsbewusstsein des Volkes wird aber die

[20]) Thormann: Notizen S. 6; Bloch S. 73; Ruth S. 128.
[21]) Beyeler S. 112.
[22]) Thormann: Erläuterungen 1912, S. 5.
[23]) Bloch S. 13 f.; StrV 105, 134, 95, 96, 98, 183, 196.
[1]) Vargha S. 40.

Unschuld des Angeschuldigten während des polizeilichen Ermittlungsverfahrens noch stärker vermutet, als nach Einleitung einer Voruntersuchung. Eine verbreitete Anschauung findet im Ueberweisungsbeschluss eine Schuldpräsumption. Diesen Anschauungen ist rechtlich entgegenzuhalten, dass in allen Fällen erst mit dem Urteil feststeht, ob der in Untersuchung gezogene Angeschuldigte eine strafbare Handlung begangen hat oder nicht, und ob er nach den gesetzlichen Vorschriften zu bestrafen ist oder nicht.

Solche falsche Schuldpräsumptionen wurden hauptsächlich noch genährt durch die verschiedenen Bezeichnungen, die dem strafverfolgten Subjekt im Verfahren gegeben werden. So bezeichnet die deutsche Strafprozessordnung vom 22. März 1924 denjenigen, gegen welchen eine Beschuldigung erhoben wurde, als « Beschuldigten », worauf nach erfolgter Klageanhebung die Bezeichnung « Angeschuldigter » und mit dem Eröffnungsbeschluss schliesslich das Wort « Angeklagter » verwendet wird [2]).

Das Prinzip der Unschuldsvermutung war dem Inquisitionsprozess unbekannt. Erst unter dem Einfluss der französischen Revolution entstand die Auffassung, dass jeder Bürger solange für unschuldig zu halten sei, bis ihm das Gegenteil nachgewiesen ist.

Als typische Auswirkungen des Prinzips der Unschuldsvermutung sind folgende zugunsten des Angeschuldigten lautende Normen anzuführen:

a) Wo die Untersuchung keinen Schuldbeweis ergibt, darf nicht etwa vom Angeschuldigten ein Unschuldbeweis gefordert werden, sondern es muss nach dem Grundsatze *in dubio pro reo* ein Freispruch erfolgen (StrV 256, Abs. 3) [3]) [4]).

b) Ein *Verdachturteil* ist ausgeschlossen. Die Entbindung des Angeschuldigten von der Instanz (absolutio ab instantia) des Inquisitionsprozesses ist unstatthaft. Wenn auch nach StrV nicht jedem Angeschuldigten, dessen Untersuchung aufgehoben oder der freigesprochen wurde, eine Entschädigung ausgerichtet wird, so liegt doch in einem Aufhebungsbeschluss ohne Entschädigung oder einem Freispruch ohne Entschädigung kein Verdachturteil. Für die Entscheidung der Entschädigungsfrage sind andere Momente massgebend als die nachgewiesene Schuld oder ein bleibender Tatverdacht [5]).

c) Mit der praesumptio boni viri hängt auch die Stellung des Angeschuldigten bei den beweis- und strafsichernden Massnahmen zusammen, wie die *Behandlung des Angeschuldigten im Strafverfahren* überhaupt.

II. Recht auf gebührliche Behandlung.

Nach dem Prinzip der Unschuldsvermutung kommt dem Angeschuldigten, der ja nicht der Schuldige zu sein braucht, ein Anspruch auf gebührliche Behandlung zu. Die Verletzung des Rechtes des Angeschuldigten auf gebührliche Be-

[2]) Aehnlich das französische Recht: inculpé, prévenu, accusé.
[3]) Vargha S. 40 ff.; Krauer S. 13 f.; Lanz S. 157.
[4]) Vgl. aber den Entscheid in ZbJV 40, S. 646.
[5]) Jaeggi S. 48.

handlung stellt einen besondern Fall der Amtspflichtverletzung dar und kann mit der Beschwerde nach StrV 64 geltend gemacht werden. Die Bedeutung des Rechtes auf gebührliche Behandlung kann aus den wenigen gesetzlichen Bestimmungen und der Praxis der Anklagekammer zu StrV 64 folgendermassen näher umschrieben werden:

a) Der Angeschuldigte hat das Recht, eine gesetzliche Vorladung zu erhalten (StrV 48 ff). Es geht nicht an, dass der Angeschuldigte unmittelbar vor der Verhandlung durch den Gerichtsdiener abgeholt wird und in Begleitung des Gerichtsdieners zum Strafrichter gehen muss [6]).

b) Bei der Festnahme, der Verhaftung und andern beweis- oder strafsichernden Massnahmen ist keine unnötige Strenge anzuwenden und der Angeschuldigte ist gebührlich zu behandeln. Der Angeschuldigte besitzt ein Recht auf möglichste Schonung bei allen Zwangsmassnahmen [7]). In bezug auf die Fesselung des Festgenommenen oder des Verhafteten gelten die Bestimmungen von StrV 75 und 114.

c) Bei den Abhörungen des Angeschuldigten hat der Richter stets seine Würde und Ruhe zu bewahren und den Angeschuldigten anständig zu behandeln. Er hat jedes Anbrüllen des Angeschuldigten und Drohen mit Zuchthaus, Verhaftung usw. zu unterlassen. Der Richter darf auch keine ungebührlichen Ausdrücke verwenden [8]). Bei der Entscheidung der Frage, ob eine ungebührliche Behandlung vorliege, müssen immer alle Umstände, wie namentlich die Natur der Strafsache und das Benehmen des Angeschuldigten mitbetrachtet werden.

d) Es gehört zu den Pflichten des Richters, in der Urteilsbegründung das Verhalten des Angeschuldigten eingehend zu würdigen und nötigenfalls zu kritisieren. In der Kritik hat er sich aber zurückzuhalten und zu mässigen. Die Prüfung des Verhaltens des Angeschuldigten kann zur Begründung des Urteils notwendig sein, deshalb dürfen nicht alle vom Richter gebrauchten Ausdrücke, die den Angeschuldigten in seiner Ehre berühren, als ungebührliche Behandlung bewertet werden. Der Richter hat bei der mündlichen Urteilsbegründung seiner Ueberzeugung Ausdruck zu geben; er soll dies aber nicht durch allgemeine Aeusserungen herabsetzenden Charakters oder unnötig verletzende Anspielungen tun.

§ 10. Der Anspruch auf rechtliches Gehör.

I. Begriff.

Das Prinzip des rechtlichen Gehörs ist kein feststehender Begriff. Es wird in der Doktrin unter diesem Begriff Verschiedenes zusammengefasst [1]). Es kann zwischen dem aktiven und passiven rechtlichen Gehör unterschieden werden:

[6]) Beyeler S. 56.

[7]) Vgl. GVSt 56, wo verlangt wurde, dass « der Verdächtigte mit aller einem Bürger, dessen Schuld noch nicht gesetzlich erwiesen ist, geziemenden Schonung » zu behandeln sei.

[8]) Z. B. Lügner, Schwindler, Flegel, Schwätzerin.

[1]) Vgl. z. B.: Meyer Carl S. 160 ff.; Trüssel S. 155.

a) Das passive rechtliche Gehör ist das Recht, gehört zu werden. Darunter fallen folgende Institute des StrV:

aa) Die Abhörung des Angeschuldigten (II).

bb) Das Antragsrecht des Angeschuldigten (V).

cc) Die Beschwerde (VI).

b) Das aktive rechtliche Gehör besteht in dem Recht, zu hören und Kenntnis zu nehmen von dem, was vor Gericht geschieht, sofern dies von Bedeutung für das Verfahren ist. Diesem Zwecke dienen während der Voruntersuchung folgende Einrichtungen:

aa) Recht auf Akteneinsicht (IV).

bb) Recht auf Anwesenheit bei antizipierten Beweisaufnahmen (III).

Das Recht auf Akteneinsicht und das Recht auf Anwesenheit bei wichtigeren Untersuchungshandlungen bilden einen Ausfluss der *Parteiöffentlichkeit* [2]). Diese kann definiert werden als Anspruch der Parteien, bei allen wesentlichen Prozesshandlungen des Gerichtes anwesend zu sein oder von ihnen wenigstens nachträglich Kenntnis zu erhalten [3]).

Die unter dem Begriff des passiven und aktiven rechtlichen Gehörs angeführten Rechte gehören in einer bestimmten Wechselbeziehung zueinander. Das Antragsrecht und das Recht auf Akteneinsicht gehören ihrerseits wiederum zum Recht des Angeschuldigten auf Beiziehung eines Verteidigers [4]). Die drei letztgenannten Rechte gehören derart zusammen, dass der Gesetzgeber sich entscheiden musste, ob diese drei Rechte dem Angeschuldigten vom Anfang der Voruntersuchung an oder erst später zu gewähren sind. Da die drei Rechte erst nach Abschluss der wesentlichen Untersuchungshandlungen gewährt werden, zerfällt die Voruntersuchung in ein geheimes und in ein beschränkt kontradiktorisches Stadium (StrV 95) [5]). Die Abhörung des Angeschuldigten findet dagegen regelmässig schon zu Beginn der Voruntersuchung statt, und das Recht bei antizipierten Beweisaufnahmen anwesend zu sein und das Beschwerderecht kommen dem Angeschuldigten unabhängig vom Zeitpunkt von StrV 95 zu.

II. Die Abhörung des Angeschuldigten.

1. Nach dem Prinzip des passiven rechtlichen Gehörs muss der Angeschuldigte in der Voruntersuchung abgehört werden. Dadurch erhält er Gelegenheit, gegen ihn vorliegende Verdachtgründe zu entkräften und zu seinen Gunsten

[2]) KV 50 stellt für die Verhandlung vor den Gerichten den Grundsatz der Oeffentlichkeit auf. Das Prinzip der Oeffentlichkeit umfasst sowohl die Publikums- wie auch die Parteiöffentlichkeit. Unter *Publikumsöffentlichkeit* wird der Grundsatz verstanden, dass die gerichtlichen Verhandlungen jedem Unbeteiligten zugänglich sein sollen. Die Publikumsöffentlichkeit stellt für den Angeschuldigten eine gewisse Garantie dar für eine ordentliche Prozessführung (Krauer S. 33; von Dach S. 84). Umgekehrt kann sie aber dem Angeschuldigten von Nachteil sein und insbesondere sein späteres Fortkommen erschweren. Zudem hat die Publikumsöffentlichkeit Nachteile kriminaltechnischer Natur, indem z. B. Verbrecher aus Expertengutachten usw. die Methoden der Verbrechensbekämpfung erlernen können.

[3]) Bloch S. 69; Krauer S. 27; Vargha S. 53; Lohsing S. 179; von Kries S. 258.

[4]) Vgl. aber: Thormann: Notizen S. 4, Votum Lanz: Oberrichter Lanz machte geltend, dass eine Antragstellung auch ohne Recht auf Akteneinsicht möglich sei.

[5]) Thormann: Bericht S. 8 und 9; vgl. § 8, III, 3, der vorliegenden Arbeit.

sprechende Tatsachen geltend zu machen. Während der Angeschuldigte keine Aussagepflicht hat, steht ihm umgekehrt das Recht zu, über alle belastenden und entlastenden Tatsachen abgehört zu werden. Bei der ersten Abhörung ist dem Angeschuldigten mitzuteilen, dass gegen ihn eine Strafverfolgung eingeleitet sei (StrV 105, 108). Der Angeschuldigte darf nicht in der Meinung gelassen werden, dass er als Zeuge abgehört werde. Dies ist eine wesentliche Förmlichkeit, die im Abhörungsprotokoll dadurch Ausdruck erhält, dass geschrieben wird: « NN deponiert als Angeschuldigter. »

Da jeder Strafprozess die Realisierung der Gerechtigkeit bezweckt, darf der Angeschuldigte in keiner Weise gehindert werden, sich zu äussern. Die Gewährung des vollen passiven rechtlichen Gehörs steht im Zusammenhang mit der Auffassung, dass der Angeschuldigte Prozeßsubjekt und nicht blosses Untersuchungsobjekt ist [6]).

Ueber jede Abhörung wird ein Protokoll aufgenommen, das nach der Abhörung dem Angeschuldigten vorzulesen und zur Einsichtnahme und Unterzeichnung vorzulegen ist (StrV 92). Da die Protokolle des Untersuchungsrichters unter Umständen in der Hauptverhandlung verlesen werden (StrV 249), bildet dieses Einsichtsrecht für den Angeschuldigten eine wichtige Garantie, die Richtigkeit der Protokolle selber überprüfen zu können. Nur von einem genehmigten Protokoll kann ohne weiteres angenommen werden, dass es ein getreues und richtiges Bild der Vernehmung bildet. Die vom Untersuchungsrichter gestellten Fragen brauchen im Protokoll nicht aufgenommen zu werden; damit wird eine spätere Ueberprüfung, ob der Untersuchungsrichter dem Angeschuldigten etwa verfängliche Fragen gestellt hat, erschwert (StrV 106).

2. Der Angeschuldigte hat kein Recht, bei den Abhörungen seinen Verteidiger beizuziehen. Ein solches Recht würde Garantie dafür bieten, dass der Richter keine unzulässigen Zwangsmittel anwendet und das Schweigerecht des Angeschuldigten gewahrt wird. Wenn auch solche Uebergriffe und Beeinflussungen durch die Mitwirkung des Verteidigers des Angeschuldigten ausgeschlossen würden, so hätte die Zuziehung eines Verteidigers den Nachteil, dass die Aussicht, vom Angeschuldigten ein Geständnis zu erhalten, fast völlig beseitigt würde und das Verfahren verzögert werden könnte [7]). Es läge in der Gewährung dieses Rechtes auch eine gegen die Rechtsgleichheit verstossende Bevorzugung des bemittelten Angeschuldigten, da diesem allein das Recht faktisch geboten wäre. Solange mit dem Recht auf Anwesenheit des Verteidigers nicht auch ein Fragerecht des Verteidigers verbunden würde, käme durch eine solche Vorschrift nur ein Misstrauen gegenüber dem Untersuchungsrichter zum Ausdruck. Ein solches Misstrauen ist aber um so weniger am Platze, als dem Staatsanwalt ein Aufsichtsrecht zukommt und er nötigenfalls den Abhörungen beiwohnen kann (StrV 94) [8]).

3. Mit der Abhörung eng verknüpft ist das Recht des Angeschuldigten, zu erfahren, welche strafbaren Handlungen ihm zur Last gelegt werden. Das Recht

[6]) Vgl. § 12, II, 3, der vorliegenden Arbeit.
[7]) Hafter Z 15, S. 355; Marcy S. 161; Garraud Bd. I, S. 211 ff.
[8]) Thormann: Bericht S. 8 und 15.

auf Kenntnisnahme vom Belastungsmaterial gehört zum aktiven rechtlichen Gehör. Der Untersuchungsrichter muss dem Angeschuldigten bei der ersten Abhörung mitteilen, welche Handlung ihm zur Last gelegt wird [9]). Die blosse Angabe der rechtlichen Qualifikation genügt nicht, sondern es ist dem Angeschuldigten genau mitzuteilen, welche faktische Handlung ihm zur Last gelegt wird [10]). Der Angeschuldigte kann sich nur dann erfolgreich verteidigen, wenn er von der ihm zur Last gelegten Handlung genau Kenntnis erhält. Allerdings brauchen dem Angeschuldigten die Beweismittel, auf welche sich der Verdacht der Täterschaft stützt, in diesem Stadium nicht bekanntgegeben zu werden. Der Untersuchungsrichter hat seiner Pflicht Genüge getan, wenn er die Anzeige verlesen oder dem Angeschuldigten in leichtverständlicher Weise deren Inhalt mitgeteilt hat.

Alle wesentlichen Beschlüsse und Entscheide sind dem Angeschuldigten zu notifizieren [11]).

4. Das Prinzip des rechtlichen Gehörs, in Verbindung mit dem Prinzip der Mündlichkeit, verlangt, dass der Angeschuldigte allen Prozessvorgängen folgen kann. Daraus ergibt sich ein Recht des der Sprache des Richters nicht mächtigen Angeschuldigten, zu verlangen, dass ein Uebersetzer beigezogen werde. Dem tauben, stummen oder stark schwerhörigen Angeschuldigten steht ein Recht zu, dass ein Dolmetscher beigezogen werde, der den Gebärdenverkehr vermittelt (StrV 60) [12]). Wenn der Untersuchungsrichter oder der Gerichtsschreiber die fremde Sprache versteht und übersetzen kann, so darf von der Bestellung eines Uebersetzers abgesehen werden [13]). Dagegen hat der taube oder stumme Angeschuldigte immer das Recht, dass ein Dolmetscher beigezogen werde. Er kann allerdings auf dieses Recht verzichten und in der Gerichtsverhandlung mit dem Richter schriftlich verkehren oder dem Untersuchungsrichter bei der Abhörung schriftlich antworten [14]).

5. Der Angeschuldigte hat kein Recht darauf, dass er vom örtlich zuständigen Untersuchungsrichter abgehört wird (StrV 23).

III. Recht auf Anwesenheit bei antizipierten Beweisaufnahmen.

In der Voruntersuchung sollen die Beweise nur gesammelt und nicht ein eigentliches Beweisverfahren durchgeführt werden. StrV 89 spricht denn auch nur von der Sammlung der Beweise und nicht von der Durchführung eines eigentlichen Beweisverfahrens ausserhalb der Hauptverhandlung [15]). Jede Beweisaufnahme während der Voruntersuchung bildet einen Einbruch in das Prinzip der Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung.

---

[9]) Bloch S. 67, sog. « Beweisoffenheit ».
[10]) Waiblinger N 1 *a* zu Art. 105.
[11]) StrV 114, Abs. 3, 119, Abs. 2, 171, Abs. 4, 179.
[12]) Zürcher S. 75.
[13]) Krauer S. 59.
[14]) a. M.: Waiblinger N 1 a. E. zu Art. 60.
[15]) Jaeggi S. 11.

Von einer antizipierten Beweisaufnahme in der Voruntersuchung sprechen wir dann, wenn bei der Abhörung von Zeugen und Sachverständigen und der Vornahme eines Augenscheins feststeht, dass diese Beweismassnahmen in der Hauptverhandlung voraussichtlich nicht wiederholt werden. Wenn der besondere Fall einer antizipierten Beweisaufnahme vorliegt, hat der Untersuchungsrichter den Parteien und dem Bezirksprokurator den Termin mitzuteilen, damit diese den Beweisaufnahmen beiwohnen und Erläuterungsfragen stellen können (StrV 98)[16]). Das Recht auf Anwesenheit bei antizipierten Beweisaufnahmen ist hauptsächlich dem Verteidiger zugedacht; nimmt der Angeschuldigte persönlich an Zeugenabhörungen teil, kann eine höchst unerwünschte Beeinflussung der Zeugen stattfinden. Dagegen ist bei der Vornahme von objektiven Beweismassnahmen (Augenschein, Einvernahme von Sachverständigen) von der persönlichen Teilnahme des Angeschuldigten für die Untersuchung kein nachteiliger Einfluss zu befürchten. Das Recht des Angeschuldigten auf Teilnahme an antizipierten Beweisaufnahmen ist eine Folgerung der in der Hauptverhandlung voll anerkannten Parteiöffentlichkeit, und es soll damit der Verteidigungspartei auch bei antizipierten Beweisaufnahmen während der Voruntersuchung der Vorteil der Unmittelbarkeit gewahrt bleiben[17]). Der Angeschuldigte ist befugt, den Untersuchungsrichter auf Umstände aufmerksam zu machen, welche die Anwendung dieser Bestimmung rechtfertigen und gegen eine abweisende Verfügung des Untersuchungsrichters innert einer Frist von drei Tagen den Entscheid des Bezirksprokurators anzurufen (StrV 98).

IV. Das Recht auf Akteneinsicht.

Der nicht geständige Angeschuldigte hat erfahrungsgemäss ein grosses Interesse daran, die zu seinen Ungunsten sprechenden Beweismittel und Spuren zu beseitigen. Der Staat dagegen hat zur wirksamen Verbrechensverfolgung ein Interesse daran, dass die Spuren der Tat nicht zerstört oder verwischt werden. Wenn dem Angeschuldigten ein unbeschränktes Akteneinsichtrecht eingeräumt würde, bestünde die Gefahr, dass Beweisstücke entfernt und der Untersuchung in anderer Weise entgegengearbeitet würde. Wenn die Akteneinsicht nur dem Verteidiger vom Beginn der Voruntersuchung an voll zugestanden würde, könnte dieser die aus den Akten hervorgehenden Tatsachen auch zur Information seines Klienten benützen.

Neben diesem staatlichen Interesse, das auf Abwehr von Verdunkelungshandlungen des Angeschuldigten geht, ist zu berücksichtigen, dass das ganze Verfahren Ermittlung der Wahrheit und nicht Verurteilung bezweckt. Die Wahrheitserforschung geschieht nun im gemischten Prozess unter wesentlicher Mitwirkung der Verteidigungspartei. Die Untersuchungsakten dürfen deshalb nicht geheime Waffen des Untersuchungsrichters und Staatsanwaltes sein. Für eine wirksame materielle und formelle Verteidigung ist die Einsicht in die Gerichtsakten notwendig. Auch wenn für die Hauptverhandlung das Prinzip der Unmittelbarkeit anerkannt ist, hat die Akteneinsicht während der Vorunter-

[16]) Thormann: Bericht S. 17; Bloch S. 67.
[17]) Thormann: Bericht S. 17; Stämpfli ZbJV 63, S. 106; Lanz S. 136.

suchung gleichwohl noch grosse Bedeutung, da es dem Angeschuldigten nicht gleichgültig sein kann, ob eine Aufhebung der Untersuchung oder erst ein Freispruch nach durchgeführter Hauptverhandlung erfolge.

Die Abwägung dieser einander entgegengesetzten Interessen führte zu der gesetzlichen Lösung, dass der Verteidigungspartei erst nach Vornahme der wesentlichen Untersuchungshandlungen das Akteneinsichtrecht gewährt wird (StrV 95) [18]). Mit der Anerkennung des Rechtes auf Akteneinsicht ist die Heimlichkeit der inquisitorischen Voruntersuchung nach dem Zeitpunkt von StrV 95 in wirksamer Weise durchbrochen worden [19]).

Der Untersuchungsrichter kann den Parteien die Akteneinsicht schon vor dem Zeitpunkt von StrV 95 gestatten, sofern dadurch keine Beeinträchtigung der Untersuchung zu befürchten ist. Der Angeschuldigte hat aber kein Recht auf diese vorzeitige Akteneinsicht, sondern es steht im freien Ermessen des Untersuchungsrichters, ob er dem Angeschuldigten schon vor dem Abschluss der wesentlichen Untersuchungshandlungen die Akteneinsicht gewähren will.

Während dem Verteidiger und dem Anwalt des Privatklägers das Akteneinsichtrecht nach Vornahme der wesentlichen Untersuchungshandlungen ohne weiteres zustehen, wird die Gewährung des Rechtes an den Angeschuldigten selber von der Zustimmung des Untersuchungsrichters abhängig gemacht. Der Angeschuldigte hat aber ein subjektives Recht auf Akteneinsicht. Der Entscheid über die Gewährung wird nicht in das freie Ermessen des Untersuchungsrichters gestellt (StrV 96). Der Untersuchungsrichter kann nur, um Missbräuche auszuschliessen, eine Ueberwachung des Angeschuldigten bei der Einsichtnahme anordnen.

Das Akteneinsichtrecht kann durch den Richter nur eingeschränkt oder aufgehoben werden, wenn das Recht missbraucht wird, um Beweismittel zu zerstören oder zu beseitigen oder um Ergebnisse der Untersuchung zu veröffentlichen oder unbefugterweise mitzuteilen (StrV 99). Es bezieht sich StrV 99 nicht nur auf den Verkehr des verhafteten Angeschuldigten mit dem Verteidiger, da sonst die meisten Bestimmungen von StrV 99 gar keinen Sinn hätten [20]) [21]).

Mit dem Recht auf Akteneinsicht ist das Recht auf Aktenabschrift verbunden. Nach der Praxis werden sogar dem Verteidiger, nicht aber dem Angeschuldigten persönlich, die Akten für beschränkte Zeit herausgegeben [22]).

V. Das Antragsrecht des Angeschuldigten.

Das Recht, Anträge auf Vornahme bestimmter Beweismassnahmen und auf Erläuterungsfragen zu stellen, steht dem Angeschuldigten nach Abschluss der wesentlichen Untersuchungshandlungen zu. Dieses Recht gibt ihm die

---

[18]) Nach dem GVSt hatten die Parteien ein Akteneinsichtrecht erst nach Schluss der Voruntersuchung, d. h. im Ueberweisungsstadium. Vgl. aber § 8, III, 3, der vorliegenden Arbeit.

[19]) Thormann: Bericht 1906, S. 11 und 12.

[20]) Waiblinger N 1 zu Art. 96; a. M.: Bloch S. 73.

[21]) Mit dem Recht auf Akteneinsicht hängen alle Vorschriften über die Protokollierung zusammen: StrV 62, 92, 149, 161, 182 usw.

[22]) Lanz S. 129; vgl. aber Bloch S. 73.

Möglichkeit, sich an der Beweisführung aktiv zu beteiligen und dem Untersuchungsrichter entlastende Beweismittel anzugeben (StrV 96) [23]). Das Antragsrecht eignet sich erfahrungsgemäss gut zur Herbeischaffung der Entlastungsbeweise.

Um dem Untersuchungsrichter, der nach freiem Ermessen endgültig über die Anträge entscheidet, die Möglichkeit zu geben, die Zweckmässigkeit der Anträge für das Ziel der Untersuchung zu überprüfen, müssen die Anträge schriftlich eingereicht, kurz begründet werden und auf Vornahme bestimmter Beweismassnahmen lauten. Allgemeine Vervollständigungsbegehren genügen nicht [24]). Der Untersuchungsrichter ist gehalten, nach pflichtgemässem Ermessen über die Anträge zu entscheiden. Ein Beweisantrag kann vom Untersuchungsrichter wegen Nichtangabe des Beweisthemas, wegen Unerheblichkeit des vorgeschlagenen Beweises oder Nichteignung des vorgeschlagenen Beweismittels zum Erbringen des betreffenden Beweises abgelehnt werden [25]). Der Untersuchungsrichter wird nur denjenigen Anträgen Folge geben, die dem Zwecke der Untersuchung förderlich sind und dieselbe nicht unnötig erweitern. Schränkt jedoch der Untersuchungsrichter das Antragsrecht allzu stark ein, so ist dem Angeschuldigten eventuell eine Beschwerde nach StrV 64 oder die Stellung eines Ablehnungsgesuches wegen Befangenheit gegeben (StrV 33). Werden die Anträge abgewiesen, so steht den Parteien kein Rekursrecht zu, aber es kann der Angeschuldigte den Antrag in der Hauptverhandlung wiederholen (StrV 231). Der Angeschuldigte kann auf das Antragsrecht verzichten und die ganze Beweismittelsammlung dem von Amtes wegen vorgehenden Untersuchungsrichter überlassen [26]).

VI. Das Beschwerderecht.

Um sich vor rechtswidrigem Verfahren und ungerechtfertigter Behandlung zu schützen, räumt das Gesetz dem Angeschuldigten ein Beschwerderecht ein. Jede schriftliche Erklärung, die eine Amtspflichtverletzung oder eine ungebührliche Behandlung geltend macht, ist von Amtes wegen an die zuständige Behörde zu überweisen und als Beschwerde zu behandeln. Die Beschwerde ist kein Rechtsmittel im technischen Sinne, sondern ein Fall der Verantwortlichkeitsbeschwerde nach dem Gesetz vom 19. Mai 1851. Sie richtet sich gegen eine bestimmte Gerichtsperson wegen der Art der Ausübung ihrer Amtstätigkeit. Durch das Beschwerderecht erhalten die Parteien und Drittpersonen die Möglichkeit, von der den Organen der gerichtlichen Polizei, der Richter und Gerichtsschreiber erster Instanz vorgesetzten Behörde, der Anklagekammer, gehört zu werden (StrV 64).

[23]) Als Fortschritt gegenüber GVSt 212.

[24]) Thormann: Bericht S. 11.

[25]) Löwe N 2 *a* und 2 *b* zu § 218.

[26]) Das Antragsrecht steht dem Angeschuldigten selber ohne ausdrückliche Zustimmung des Untersuchungsrichters zu. Lanz S. 130; a. M.: Bloch S. 74.

§ 11. Recht auf Aussageverweigerung und sogenanntes Recht auf Lügen.

Nach inquisitorischer Auffassung stand dem Staat ein Recht zu, vom Angeschuldigten die Wahrheit zu erfahren. Dem Richter wurden durch die Folter und Ungehorsamsstrafen Mittel gegeben, um eine Aussage und, wenn möglich, ein Geständnis zu erwirken. Das GVSt statuierte, wie die andern reformierten Strafprozessordnungen, eine prozessuale Pflicht des Angeschuldigten zur wahrheitsgemässen Aussage. Die Auskunftverweigerung konnte vom Richter als Anzeige der Schuld betrachtet werden. Da dem Angeschuldigten vom Richter von dieser Möglichkeit Kenntnis gegeben wurde, fand faktisch zur Erlangung einer Aussage nach GVSt ein psychologischer Zwang statt [1]).

Der Angeschuldigte kann an der Aussageverweigerung mannigfaltige Interessen und Motive haben, selbst ohne Rücksicht auf die Frage der Schuld. Die Abhörung des Angeschuldigten ist ein Mittel, um zur materiellen Wahrheit zu gelangen, und soll anderseits dem Angeschuldigten die Möglichkeit bieten, seine Erklärungen abzugeben. Um diesen doppelten Zweck zu erreichen, muss dem Angeschuldigten bezüglich seiner Aussagen volle Freiheit gelassen werden. Er soll nicht gezwungen werden, gegen sich selbst auszusagen [2]). Die modernen Strafprozessordnungen anerkennen durchwegs die Grundsätze, dass der Angeschuldigte nicht verpflichtet ist, zum Schuldbeweis beizutragen, niemals und vor keinem Verhörenden verpflichtet ist, gegen seinen Willen auszusagen, und aus dem Gesichtspunkt der Selbstverteidigung heraus wegen erfolgtem Lügen nicht bestraft werden soll [3]). Diese Grundsätze führten zu folgenden Bestimmungen des geltenden Strafverfahrens:

1. Der Angeschuldigte hat ein *Recht auf Aussageverweigerung*. Der Untersuchungsrichter ist jedoch nicht verpflichtet, ihn auf dieses Recht aufmerksam zu machen. Die Fragen, die an den Angeschuldigten gerichtet werden, dürfen nicht den einzigen Zweck haben, ein Geständnis zu erzielen (StrV 106). Wenn auch die Aussage der Freiwilligkeit des Angeschuldigten überlassen ist, darf daraus nicht gefolgert werden, dass er jede Antwort verweigern darf. Rechtlich treffen ihn zwar für ein solches störrisches Verhalten keine Nachteile, aber faktisch wirkt sich eine vollständige Aussageverweigerung für den Angeschuldigten gleichwohl ungünstig aus.

2. Das Gesetz stellt die wahrheitswidrige Aussage nicht unter Strafe und kennt keine Ermahnung des Angeschuldigten zur Wahrheit. In der Literatur wird mehrheitlich vom « *Recht auf Lügen* » gesprochen und das Leugnen geradezu als « strafprozessuales Recht des Angeschuldigten » bezeichnet [4]). Es sollte aber nicht von einem Recht zum Leugnen gesprochen werden, auch wenn der Angeschuldigte ein Recht auf Aussageverweigerung hat und wegen erfolgtem Lügen

[1]) GVSt 205; Thormann: Bericht S. 15; Bachtler S. 156.
[2]) Thormann Z 20, S. 77.
[3]) Bloch S. 65; Krauer S. 13; Gossweiler S. 45.
[4]) von Heutig Hans: Das Leugnen, in Z. 51, S. 201.

nicht bestraft wird [5]). Das Gericht soll nicht mit Gewalt Lügen aus dem Angeschuldigten herauszupressen versuchen. Wenn er über eine Tatsache die Auskunft verweigert, soll er nicht wiederholt mit der gleichen Frage zu einer Aeusserung gezwungen werden [6]).

In der bernischen Praxis wird dem Angeschuldigten oft angeraten, die Wahrheit zu sagen. Es geschieht dies einesteils deshalb, weil auch heute noch das Geständnis ein willkommenes Beweismittel ist und anderseits der vielbeschäftigte Untersuchungsrichter naturgemäss von dem Wunsche beseelt ist, an Stelle von vielen komplizierten Abhörungen vom Angeschuldigten gleich im ersten Verhör die Wahrheit zu erfahren. Es darf der Richter den Angeschuldigten auch auf die Tatsache aufmerksam machen, dass bei der Abwägung der Glaubwürdigkeit der Aussagen und der Würdigung des Verhaltens des Angeschuldigten Widersprüche und offenbare Unwahrheiten sich ungünstig auswirken können. Es darf der Angeschuldigte deshalb auch auf Widersprüche hingewiesen werden, in die er sich verwickelt hat oder die sich zwischen seinen Angaben und den sonst erwiesenen Tatsachen ergeben [7]). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass wahrheitswidrige Aussagen nicht bestraft werden, aber richtigerweise weder von einem Recht auf Lügen, noch einer Pflicht, wahr auszusagen, gesprochen werden soll [8]).

3. Die Antwortverweigerung des Angeschuldigten auf eine an ihn gerichtete Frage darf nicht als Indizium für seine Schuld oder als Anerkennung dessen, wonach gefragt wurde, gewertet werden. Die Erzwingung einer Aussage wird heute als überlebt angesehen. Deshalb darf derjenige, der schweigt, nicht schlechter gestellt werden als derjenige, der vielleicht lügt. Denn es kann ein unschuldiger Angeschuldigter viele Gründe haben, lieber zu schweigen, als vielleicht durch seine Aussagen andere ihm Nahestehende zu belasten [9]). Würde man vom Angeschuldigten, der die Aussage verweigert, sagen, dass das Schweigen ihn höchst verdächtig mache und man daraus einen Schuldbeweis ziehen könne, käme dies einem indirekten Zwang zur Aussage und einer *Schuldpräsumption* gleich. Es ist nach moderner Anschauung jede Drohung, dass das Stillschweigen als Schuldindiz betrachtet werde, verwerflich. Dem Angeschuldigten steht neben seinem Schweigerecht auch ein Anspruch zu, dass seine Auskunftverweigerung nicht als Schuldanzeige gewertet werde.

4. Wegen der Weigerung zu antworten, darf eine *Verhaftung* nicht erfolgen, und es ist eine dahingehende Drohung des Untersuchungsrichters unstatthaft. Nur das Erscheinen vor Gericht kann unter Umständen erzwungen werden, nicht aber die Aussage [10]).

[5]) Gossweiler (S. 45) sagt, dass es ein Recht auf etwas Unmoralisches nicht geben könne und dürfe. Der Angeschuldigte sei sittlich, nicht aber rechtlich zur Wahrheit verpflichtet.
[6]) Vgl. ZPO 274.
[7]) Bloch S. 65; Krauer S. 13. Unrichtig ist Krauers Ansicht, dass der Angeschuldigte zu wahrheitsgemässen Angaben verpflichtet sei, sofern er aussagt, die Lüge aber nicht geahndet werden kann.
[8]) Meyer Carl S. 158.
[9]) Thormann: Bericht S. 15.
[10]) Garraud Bd. II, S. 231; Rosenberg S. 115.

5. Da sich der Schuldige wie auch der Unschuldige vor dem Untersuchungsrichter in einer schwierigen Lage befindet, darf zögerndes, unbestimmtes oder aufgeregtes Antworten nicht als *Schuldindizium* gewertet werden. Denn gerade der Unschuldige kennt das Angriffsziel nicht und ist allen Nachteilen der Ueberraschung, seelischen Verwirrung und Erregung ausgesetzt. Vergessen wir deshalb nie, dass sich sogar bisweilen der Schuldlose vor dem Untersuchungsrichter in einer schwierigeren Lage befinden kann, als der Schuldige. Jede Aussage untersteht der freien Beweiswürdigung des urteilenden Gerichtes; es darf aber aus der Art der Aussage nicht leichtfertig eine wirkliche Schuld präsumiert werden [11]).

§ 12. Die Verteidigung des Angeschuldigten.

I. Begriff.

Unter Verteidigung im strafprozessualen Sinne wird die zugunsten des Angeschuldigten im Rahmen der Strafprozessordnung entfaltete Tätigkeit bestimmter Personen verstanden, die darin besteht, den Angeschuldigten sowohl gegen die Anklage in rechtlicher wie auch in tatsächlicher Beziehung zu schützen und ihn einer nach Art und Mass ungerechten Bestrafung zu entziehen [1]).

Wir können eine materielle und eine formelle Verteidigung unterscheiden:

a) Materielle Verteidigung ist jedes strafprozessuale Handeln, das auf Entlastung des Angeschuldigten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht geht.

b) Formelle Verteidigung ist die Wahrnehmung der Interessen des Angeschuldigten durch die gesetzlich geregelte Aufstellung einer hierzu besonders berufenen Persönlichkeit [2]).

Im inquisitorischen Prozess war die Verteidigung vornehmlich Aufgabe des Richters. In der Pflicht des Inquirenten, den Angeschuldigten auch über das zu befragen, was er zu seiner Entlastung geltend machen könne, besass dieser die einzige, allerdings unzulängliche Garantie dafür, dass seine Verteidigungsinteressen gewahrt werden [3]). Im reinen Anklageprozess dagegen steht der Richter über den Parteien, die Anklage und Verteidigung vorbringen.

II. Materielle Verteidigung.

Eine materielle Verteidigung kann durch jede am Strafverfahren beteiligte Person stattfinden [4]).

1. Der *Untersuchungsrichter* und das *urteilende Gericht* haben die Pflicht, den Angeschuldigten auf entlastende Tatsachen aufmerksam zu machen und diese

[11]) Gebärdenprotokolle dürfen nicht aufgenommen werden. Bloch S. 64.
[1]) Lanz S. 11; Lohsing S. 156.
[2]) Lanz S. 12; Lohsing S. 156; Garraud Bd. II, S. 304 ff.
[3]) Meyer Carl S. 165; Krauer S. 22.
[4]) Neben der nachstehend angeführten materiellen Verteidigungstätigkeit des Richters, des Staatsanwaltes und des Angeschuldigten selbst, können auch Experten, Entlastungszeugen und der Privatkläger zu der materiellen Verteidigung beitragen.

von Amtes wegen zu ermitteln und zu untersuchen (StrV 89, Abs. 2) [5]). Es setzt dies natürlich voraus, dass der Angeschuldigte dem Richter wenigstens Anhaltspunkte von entlastenden Tatsachen andeutet [6]). Gerade der Umstand, dass das Gesetz nur in wenigen Fällen eine notwendige Verteidigung kennt, verlangt dringend, dass der Richter bei der materiellen Verteidigung mitwirke. Mit der durch WHG I erfolgten weitern Einschränkung der notwendigen Verteidigung wird die Pflicht des Untersuchungsrichters und des urteilenden Gerichtes, bei der materiellen Verteidigung mitzuwirken, vergrössert [7]).

Der Angeschuldigte ist nun aber oft ausserstande, den Untersuchungsrichter oder das Gericht auf die zu seiner Entlastung dienenden Tatsachen hinzuweisen. Durch den Mangel an der notwendigen Einsicht, nach welcher Richtung hin die Untersuchung noch der Vervollständigung bedarf, wird der Angeschuldigte an seinem Recht, den Richter auf entlastende Momente aufmerksam zu machen, gehindert.

2. Der *Staatsanwalt* hat einerseits die Schuldigen vor den Strafgerichten zur Verantwortung zu ziehen und anderseits dafür zu sorgen, dass die Strafverfolgung nicht mit unnötiger Strenge oder gegen Unschuldige durchgeführt wird (GO 89). Dass die Strafverfolgung nicht mit unnötiger Strenge oder gegen Unschuldige durchgeführt wird, erreicht der Staatsanwalt durch Ueberwachung der Voruntersuchung und Unterstützung des Angeschuldigten in der materiellen Verteidigung (GO 90, StrV 94). Der bernische Staatsanwalt ist nicht Anklagepartei im Sinne des Akkusationsverfahrens, sondern hat in seiner Eigenschaft als Beamter der Strafrechtspflege stets für die materielle Wahrheit und Gerechtigkeit einzutreten. Dadurch erhält der Staatsanwalt eine würdige Stellung. Im Hauptverfahren ist der Staatsanwalt zwar Partei, er ist aber nicht persönlich beteiligt wie der Angeschuldigte. Er vertritt die durch den Staat geschützten Interessen der Allgemeinheit, wobei er nicht bloss gegen, sondern unter Umständen auch für den Angeschuldigten zu wirken hat [8]). Diese Funktion bedingt, dass sich der Staatsanwalt ohne jede Einseitigkeit einzig der Erbringung der materiellen Wahrheit widmet. Er kann und soll deshalb entlastende Momente auch geltend machen. Dies besonders dann, wenn sich der Angeschuldigte in einer anormalen Gemütsverfassung befindet und ausserstande ist, seine Verteidigungsrechte selber sachgemäss zu wahren.

Es kann aber vom Angeschuldigten nicht erwartet werden, dass er zum Staatsanwalt das volle Vertrauen hege, dass derselbe seine Rechte in genügender Weise wahrnehme.

3. Die Zuerkennung eines materiellen Verteidigungsrechtes an den *Angeschuldigten* selbst, scheint uns heute ein natürliches Recht jedes Angeschuldigten zu sein. Die historischen Strafprozessordnungen hatten dieses Recht des An-

[5]) GVSt sprach in Art. 80 von « der Sammlung der Beweise des Vergehens, sowie der Schuld und Unschuld des Angeschuldigten».
[6]) Thormann: Bericht S. 10.
[7]) Thormann Z. 40, S. 264.
[8]) Vgl. z. B. StrV 301; Trüssel S. 156; Vargha S. 39; Meyer Hugo S. 10; Marcy S. 157.

geschuldigten nicht durchwegs anerkannt [9]). Der Angeschuldigte kann sich wirksam selber verteidigen, indem er während den Abhörungen Entlastungsgründe geltend macht und gegen ihn sprechende Verdachtgründe entkräftet [10]).

III. Die formelle Verteidigung.

1. Zweck des Strafverfahrens ist Feststellung der materiellen Wahrheit. Dazu dienen die gründliche Voruntersuchung wie das Hauptverfahren. Eine wirksame Garantie für die richtige Wahrung der Verteidigungsinteressen erhält der Angeschuldigte erst dann, wenn er einen Vertrauensmann beiziehen kann, der ihn in seinen prozessualen Rechten wirksam vertreten kann und wenn zudem der Angeschuldigte mit diesem Vertrauensmann uneingeschränkt verkehren kann. Um sich selbst wirksam zu verteidigen, fehlen dem Angeschuldigten die juristischen Kenntnisse und die unerlässliche Ruhe. Gegenüber dem Staatsanwalt fehlen ihm oft die Beredsamkeit und die Sicherheit im Auftreten. Im Falle der Verhaftung fehlt ihm sodann die faktische Möglichkeit, die notwendigen Ermittlungen selbst zu machen. Deshalb müssen dem Angeschuldigten, neben der von Amtes wegen zu erfolgenden Berücksichtigung der Verteidigungsinteressen, wirksamere Mittel in die Hand gegeben werden. Ohne solche Mittel besteht für den Angeschuldigten die Gefahr, dass er ein Objekt für die Ueberführungskunst des Untersuchungsrichters bleibt [11]).

Ob der Staat an der formellen Verteidigung ein Interesse habe, wurde verschieden beurteilt. Die Zulassung eines Verteidigers kann zu Verschleppungen, Weitläufigkeiten, hohen Kosten, unerwünscht starker einseitiger Beeinflussung des Gerichtes, Entziehung eines wirklich Schuldigen von der Strafe und ungerechtfertigter Bevorzugung des formell verteidigten gegenüber dem formell nicht verteidigten Angeschuldigten führen. Allen diesen für den Staat unerwünschten Erscheinungen kann jedoch durch geeignete prozessuale Vorschriften abgeholfen werden.

Erst mit dem Recht, einen formellen Verteidiger beizuziehen, nützen dem Angeschuldigten die ihm zustehenden prozessualen Rechte, und hat er tatsächlich die Möglichkeit, den Entlastungsstoff zu eruieren. Dazu gehört insbesondere die Möglichkeit, Entlastungszeugen aufzufinden, den Leumund von Belastungszeugen und deren Beziehungen zum Privatkläger zu erforschen, Unfähigkeits- und Ablehnungsgründen auf die Spur zu kommen und bei Drittpersonen Auskünfte zu erhalten [12]). Nur wenn dem Angeschuldigten das Recht auf formelle Verteidigung zuerkannt wird, können sich in der Hauptverhandlung die Vorteile des kontradiktorischen Verhandelns voll auswirken.

Die Idee der Gerechtigkeit, welche der staatlichen Tätigkeit zugrunde liegt, verlangt eine zweckmässige Verteidigung des Angeschuldigten durch einen formellen Verteidiger, welcher der Rechtspflege dadurch dient, dass er dem An-

[9]) Vgl. Garraud Bd. II, S. 304.
[10]) Vgl. § 10, II, der vorliegenden Arbeit.
[11]) Meyer Hugo S. 20 f.; Zachariae: Gebrechen und Reform des deutschen Strafverfahrens, S. 149.
[12]) Vargha S. 129: sog. aussergerichtliche Erkundigung.

geschuldigten während der Voruntersuchung wie in der Hauptverhandlung hilft und durch seine Tätigkeit die Anwendung des Rechtes erleichtert. Das StrV geht vom Standpunkt aus, dass die formelle Verteidigung auch im Interesse des Staates liege. Dass jeder Angeschuldigte verteidigt werden muss, wird jedoch nicht verlangt [13]).

2. In bezug auf den *Eintritt des formellen Verteidigers in das Verfahren* müssen nach dem Gesetz folgende Unterscheidungen gemacht werden:

a) In den an den Einzelrichter überwiesenen Fällen kann der formelle Verteidiger erst mit dem Zeitpunkt der Ansetzung der Hauptverhandlung in das Verfahren eintreten. Wenn der Einzelrichter zu seiner Orientierung eine abgekürzte Voruntersuchung durchführt, findet eine Teilnahme des Verteidigers nicht statt. Im Strafmandat- und Präliminarverfahren ist die formelle Verteidigung ausgeschlossen. Wenn aber der Angeschuldigte gegen ein Strafmandat Einspruch erheben will, oder der Staatsanwalt gegen ein Strafmandat Einspruch erhebt, kann der Angeschuldigte einen Verteidiger beiziehen [14]).

b) In den in die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichtes oder der Geschworenen fallenden Straffällen, in welchen eine Voruntersuchung stattfindet, kann der Verteidiger nach Abschluss der wesentlichen Untersuchungshandlungen im Verfahren intervenieren.

3. Bezüglich des *Zeitpunktes, von dem an dem Angeschuldigten ein Recht auf Verkehr mit seinem Verteidiger* zu gewähren ist, stehen sich die Interessen des Staates und diejenigen des Angeschuldigten gegenüber.

Erst von diesem Zeitpunkt an wird das Recht des Angeschuldigten, einen Verteidiger zu ernennen, wertvoll. Es müssen wenn möglich das Recht, einen Verteidiger zu ernennen, und das Recht, mit diesem auch im Falle der Verhaftung zu verkehren, miteinander verbunden werden [15]). Den Angeschuldigten verlässt sein Gefühl der Hilflosigkeit erst, wenn ihm ein Verteidiger beiseite steht. Der Verteidiger anderseits hat erst mit dem Augenblick, wo er mit dem Angeschuldigten frei verkehren kann, die Möglichkeit, durch Aufschlüsse des verhafteten Angeschuldigten Entlastungsgründe zu finden und den Angeschuldigten persönlich kennen zu lernen [16]). Jede Trennung des Angeschuldigten von seinem Verteidiger stellt deshalb eine Beeinträchtigung der Rechte der Verteidigungspartei dar.

Dagegen ist die Gefahr, die dem Untersuchungszweck durch eine gegen die Interessen der Rechtspflege gerichtete Tätigkeit des Verteidigers droht, von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Der verantwortungslose Verteidiger kann Kollusionen herbeiführen, dem Angeschuldigten ein besonderes Verhalten und Antworten anraten usw.

Im Interesse der Strafverfolgung wäre also der Zeitpunkt, von dem an der Angeschuldigte mit seinem Verteidiger frei verkehren kann, nicht schon

[13]) Ruth S. 15; Lanz S. 17 f.; sog. System der amtlichen Verteidigung.
[14]) StrV 88, 219, 226, 221, 223, 225.
[15]) Thormann Z. 20, S. 72; Thormann: Notizen S. 3; Ruth S. 148.
[16]) Vargha S. 132.

auf den Beginn der Untersuchung anzusetzen. Wenn man aber die Interessen des Angeschuldigten an dem sofortigen Verkehr mit seinem Verteidiger nach seiner Verhaftung und den Umstand, dass die Tätigkeit des Verteidigers in den meisten Fällen zur Förderung der Rechtspflege dient, berücksichtigt, so wäre das Recht auf Verkehr zwischen der Verteidigungspartei sofort nach der Verhaftung zu gewähren. Bedenken gegen den freien Verkehr sind Bedenken gegen die Rechtschaffenheit der Verteidiger. Da im StrV nur patentierte Fürsprecher als Verteidiger auftreten, ist dieses Misstrauen nicht gerechtfertigt.

Die Abwägung der entgegengesetzten Interessen führte zu der Lösung, dass der freie mündliche Verkehr zwischen Angeschuldigtem und Verteidiger erst von dem Zeitpunkte an, wo der Untersuchungsrichter die wesentlichen Untersuchungshandlungen als vorgenommen erachtet, gewährt wird (StrV 95). Der Untersuchungsrichter darf aber die Voruntersuchung nicht schliessen, bevor er der Verteidigungspartei Gelegenheit zur Ausübung dieses Rechtes gegeben hat (StrV 183, Abs. 2). Vor Abschluss der wesentlichen Untersuchungshandlungen ist der mündliche Verkehr mit Untersuchungsgefangenen von einer Bewilligung des Richters abhängig (StrV 124). Der Untersuchungsrichter wird einem dahingehenden Begehren entsprechen, wenn von dem mündlichen Verkehr keine Beeinträchtigung der Untersuchung zu befürchten ist. Der Angeschuldigte hat aber keinen Anspruch auf Gewährung dieses mündlichen Verkehrs.

Einem nicht verhafteten Angeschuldigten steht die Möglichkeit, mit seinem Verteidiger zu verkehren, ohne weiteres zu.

Für den schriftlichen Verkehr zwischen dem Angeschuldigten und seinem Verteidiger gilt die Bestimmung, dass briefliche Mitteilungen des einen an den andern nicht beschlagnahmt werden dürfen, solange sie sich im Besitz einer dieser Personen befinden (StrV 171, Abs. 3). Dagegen dürfen die vom Verteidiger an den Angeschuldigten abgeschickten Briefe bis zu dem Zeitpunkt, wo der Untersuchungsrichter die wesentlichen Untersuchungshandlungen als abgeschlossen erklärt, beschlagnahmt werden, wenn sie sich weder beim Verteidiger noch beim Angeschuldigten befinden [17]).

IV. Die Wahlverteidigung.

Ein Verteidiger ist der zur Abwehr des Angriffes und des Strafanspruches berufene mit prozessualen Befugnissen ausgestattete Parteibeistand [18]). — Dem Angeschuldigten steht ohne weiteres die Möglichkeit zu, bei ihm Nahestehenden Rückhalt und Auskunft zu finden. Solchen Unterstützungspersonen kommt aber prozessrechtlich keine Bedeutung zu [19]). Unterstützungspersonen können dem

---

[17]) Die einschränkende Bestimmung von StrV 171, Abs. 3, letzter Satzteil, ist zu bedauern. Es sollten meines Erachtens alle brieflichen Mitteilungen des Verteidigers an den Angeschuldigten oder des Angeschuldigten an seinen Verteidiger von der Beschlagnahme ausgeschlossen sein, sobald Absender und Empfänger mit Sicherheit festgestellt werden können. Vgl.: Lanz S. 132 f.

[18]) Bestritten ist, ob der Verteidiger Vertreter oder Beistand des Angeschuldigten ist. Vgl.: Lanz S. 20—25.

[19]) Ausnahme: StrV 40, Abs. 2 (gesetzliche Vertretung von Handlungsunfähigen).

Angeschuldigten nur beistehen, wenn er selbst handelt. Vor Gericht vertreten können sie ihn nicht [20]). — Das GVSt anerkannte stillschweigend das Recht des Angeschuldigten auf Erennung eines formellen Verteidigers und Verkehr mit demselben während der Voruntersuchung, aber nur dann, wenn sich der Angeschuldigte auf freiem Fusse befand. Nach moderner Anschauung darf der *Anspruch auf Beiziehung eines Verteidigers* nicht nur dem auf freiem Fusse befindlichen Angeschuldigten zugebilligt werden. Nach geltendem StrV steht deshalb jedem Angeschuldigten ein Recht zu, aus der Zahl der im Kanton Bern zur Ausübung der Anwaltschaft berechtigten Personen einen Verteidiger zu wählen (StrV 40). In den meisten Fällen steht es dem Angeschuldigten frei, ob er einen Verteidiger wählen will oder nicht. Da der Verteidiger Vertrauensmann des Angeschuldigten ist, kommt diesem freien Wahlrecht grosse Bedeutung zu.

1. Während nach GVSt 264 (mit Ausnahme der durch den Richter ernannten Verteidiger) das System der freien Wahl des Verteidigers galt und jeder Aktivbürger als Verteidiger in Strafsachen auftreten konnte, liegt dem StrV das *System der beschränkten Auswahl des Verteidigers* zugrunde. Die Beschränkung der freien Wahl auf die im Kanton Bern zur Ausübung der Anwaltschaft berechtigten Personen [21]) hindert wohl den Angeschuldigten in manchen Fällen, demjenigen die Wahrung seiner Interessen zu übertragen, zu welchem er überhaupt das grösste Vertrauen hat. Doch muss anderseits berücksichtigt werden, dass die weitgehenden prozessualen Rechte dem Verteidiger nur gewährt werden können, wenn die Verteidigung ausschliesslich den unter staatlicher Disziplinargewalt stehenden Anwälten vorbehalten bleibt. — Ausgeschlossen ist als Wahlverteidiger auch derjenige Anwalt, der im Verfahren als Zeuge mitzuwirken hat [22]). Es geht die Zeugnispflicht dem freien Wahlrecht vor. Auch ein Mitangeschuldigter kann nicht als Wahlverteidiger gewählt werden.

2. Nach GVSt 330, Abs. 3, durfte ein Verteidiger in Polizeistraffällen nicht auftreten. Das StrV lässt dieses Verbot der Mitwirkung fallen, denn wenn der Verteidiger dazu berufen ist, die Interessen der Rechtspflege zu wahren, darf seine *Mitwirkung nicht auf schwerere Fälle beschränkt* werden.

3. In schwierigeren Fällen kann die Bestellung *mehrerer Verteidiger* geboten sein. Aus dem Wortlaut von StrV 40 « einen Verteidiger zu wählen » darf nicht in formalistischer Weise ausgelegt werden, dass der Angeschuldigte nur einen Verteidiger wählen dürfe [23]). Doktrin und Praxis nehmen mehrheitlich an, dass sowohl eine mehrfache Verteidigung in zeitlicher Aufeinanderfolge, wie auch gleichzeitig möglich sei [24]). Dem Angeschuldigten steht jedoch kein Recht

[20]) Rosenfeld S. 116; Thormann: Bericht S. 8 und 9.

[21]) Zur Ausübung der Anwaltschaft sind im Kanton Bern berechtigt: Personen, die ein bernisches Anwaltspatent besitzen, und ausserkantonale Anwälte, die auf Grund von Art. 5 der Uebergangsbestimmungen der BV vom Obergericht des Kantons Bern die Bewilligung zur Ausübung ihres Berufes im Kanton Bern erhalten haben. Dagegen können ausländische Anwälte im Kanton Bern nicht als Strafverteidiger auftreten. Vgl.: Lanz S. 23, 34 und 90 ff.

[22]) Lanz S. 23 und 24.

[23]) Unrichtig: Bloch S. 71.

[24]) Lanz S. 95; Waiblinger N 1 zu Art. 40; ZbJV 43, S. 155.

zu, mehrere Verteidiger zu bestellen und auftreten zu lassen. Der Richter kann nur — da das Gesetz darüber keine ausdrückliche Bestimmung enthält — in den Fällen, wo eine mehrfache Verteidigung geboten ist, die Zuziehung mehrerer Verteidiger bewilligen.

4. Eine *gemeinschaftliche Verteidigung*, d. h. das Auftreten eines Verteidigers für mehrere Angeschuldigte, ist der Natur der Sache nach zulässig, sobald die Interessen der verschiedenen Angeschuldigten dadurch nicht verletzt werden [25]).

5. Nur der handlungsfähige Angeschuldigte kann seinen *Verteidiger frei wählen*. Fehlt dem Angeschuldigten die Handlungsfähigkeit, so hat sein gesetzlicher Vertreter das Wahlrecht [26]).

6. Da dem Verteidiger teils abgeleitete und teils selbständige Rechte zukommen, ist die Tätigkeit des Verteidigers nur zum Teil vom Angeschuldigten direkt abhängig. Die vom Gesetz dem Verteidiger eingeräumten Befugnisse wie z. B. die Akteneinsicht und das Fragerecht, kann dieser selbständig geltend machen. Der Angeschuldigte kann ihm diese Befugnisse nur durch den Entzug des Mandates entziehen [27]). Andere Rechte des Verteidigers, wie z. B. die Einlegung von Rechtsmitteln und die Ablehnung von Gerichtspersonen, sind vom Angeschuldigten abgeleitete prozessuale Befugnisse. Dies wirkt sich dahin aus, dass bei *Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Angeschuldigten und seinem Verteidiger* der Wille des Angeschuldigten vorgeht [28]). Das Gesetz macht diese Unterscheidung nicht ausdrücklich, und es muss deshalb im einzelnen Falle untersucht werden, ob es sich um ein selbständiges oder um ein unselbständiges Verteidigungsrecht handelt. Dabei ist von der Regel auszugehen, dass im Zweifelsfalle die dem Verteidiger zukommenden Rechte vom Angeschuldigten abgeleitet sind und sein Widerspruch also dem prozessualen Handeln des Verteidigers die Grundlage entzieht.

V. Die notwendige und amtliche Verteidigung.

Da die formelle Verteidigung als im Interesse der Strafrechtspflege liegende Einrichtung anerkannt ist, ergibt sich daraus die Notwendigkeit, dass der Staat jedem Angeschuldigten die Beiziehung eines Verteidigers ermöglicht. Im Entwurf einer Gerichtsorganisation für den Kanton Bern von 1903 war in den Art. 83—90 für die Dauer der Voruntersuchung das Institut der amtlichen Verteidigung durch einen ständigen Beamten vorgesehen [29]). Statt diesem System des « öffentlichen Verteidigungsamtes » wird nach geltender GO und StrV in gewissen Fällen aus der Reihe der praktizierenden Anwälte ein amtlicher Verteidiger ernannt [30]).

---

[25]) Lanz S. 100; Vargha S. 180; Lohsing S. 164.
[26]) Lanz S. 34 ff.
[27]) Lanz S. 46.
[28]) Ruth S. 105; Lanz S. 107.
[29]) Thormann Z 17, S. 175 ff; Thormann ZbJV 40, S. 317 ff. und 357 ff.; Lanz S. 50 und 53.
[30]) Ruth S. 24—41; Lanz S. 49—90.

Das Institut des amtlichen Verteidigers erfüllt ein Gebot der Rechtsgleichheit. Es muss dem Angeschuldigten nicht bloss rechtlich, sondern auch tatsächlich ermöglicht werden, einen Verteidiger beizuziehen. Es geht nicht an, dass je nach der Vermögenslage sich der eine Angeschuldigte einen Verteidiger leisten kann, der andere aber nicht, und dass die materielle Wahrheit also je nach der Vermögenslage des Angeschuldigten mehr oder weniger genau erforscht wird. Denn entweder ist der Verteidiger als Helfer der Rechtspflege notwendig oder dann in allen Fällen überflüssig und unerwünscht.

1. Das StrV kennt keine allgemeine *notwendige Verteidigung*. Nach StrV 41 ist die Verteidigung nur notwendig:

«*a)* in der Hauptverhandlung vor dem Geschworenengericht;

b) in der Hauptverhandlung vor der Kriminalkammer oder dem Amtsgericht, wenn der Angeschuldigte minderjährig oder infolge Gebrechen nicht fähig ist, seine Rechte zu wahren, und wenn er durch seinen gesetzlichen Vertreter nicht genügend verbeiständet werden kann.

Für die Voruntersuchung und das Ueberweisungsverfahren wird ein Verteidiger nur bestellt, wenn ein Hauptverfahren im Sinne von lit. *a* und *b* mit Wahrscheinlichkeit bevorsteht.»

In den unter lit. *a* angeführten Fällen wird die Verteidigung wegen der Schwere der Straftat notwendig erklärt, während sich die notwendige Verteidigung in den unter lit. *b* genannten Fällen mit Rücksicht auf die besondere Schutzbedürftigkeit der Angeschuldigten rechtfertigt [31]).

Der Richter hat dem Angeschuldigten von diesen Bestimmungen Kenntnis zu geben. Wenn der Angeschuldigte in Fällen der notwendigen Verteidigung keinen Wahlverteidiger ernennt, wird ihm durch den Richter ein amtlicher Verteidiger bestellt. Ein Verzicht des Angeschuldigten auf die Beiordnung eines amtlichen Verteidigers ist in diesen Fällen nicht möglich. Für den Angeschuldigten ergibt sich aus diesen Bestimmungen in Fällen der notwendigen Verteidigung [32]) ein Recht auf Beiordnung eines amtlichen Verteidigers.

2. Der Angeschuldigte hat in allen übrigen Fällen, d. h. in den nicht unter StrV 41 fallenden, das Recht, ein *Gesuch um Beiordnung eines amtlichen Verteidigers* zu stellen (StrV 42). Die durch WHG I getroffenen Beschränkungen der notwendigen Verteidigung werden naturgemäss zu einer Vermehrung der nach StrV 42 zu bestellenden amtlichen Verteidiger führen [33]). Während bei der obligatorischen amtlichen Verteidigung das staatliche Interesse den Ausschlag gibt, tritt bei der fakultativen amtlichen Verteidigung das staatliche Interesse gegenüber dem Interesse des Angeschuldigten zurück [34]).

Der Richter ist gehalten, einem Gesuch um Beiordnung eines amtlichen Verteidigers stattzugeben, wenn besondere Umstände, wie die Bedeutung der Streitsache, die Schwierigkeiten der rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse

[31]) Thormann: Erläuterungen 1912, S. 3; Lanz S. 55.
[32]) Lanz spricht von «unentziehbarem Anspruch» (S. 30).
[33]) Lanz S. 61.
[34]) Lanz S. 66.

oder andere Gründe es rechtfertigen, und wenn der Angeschuldigte ausserdem nachweist, dass ihm die Bestellung eines Verteidigers ohne unverhältnismässige Beschränkung seines Lebensunterhaltes nicht möglich ist. Handelt es sich um Polizeiübertretungen, so wird eine amtliche Verteidigung nicht gewährt (StrV 42). Die fakultative amtliche Verteidigung ist analog zu der zivilprozessualen armenrechtlichen Verbeiständung geordnet (ZPO 77 und 78). Der Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsschutz bei Armut ist ein Gebot der durch BV 4 garantierten Rechtsgleichheit. Der Angeschuldigte hat, wenn die Voraussetzungen von StrV 42 zutreffen, ein Recht, dass ihm ein amtlicher Verteidiger bestellt werde. Dagegen hat der Richter keine Pflicht, den Angeschuldigten auf diese Möglichkeit aufmerksam zu machen [35]).

3. Obschon zwischen Verteidiger und Angeschuldigtem ein Vertrauensverhältnis herrschen sollte, hat der Angeschuldigte keinen rechtlichen Einfluss auf die *Wahl des amtlichen Verteidigers* (StrV 41 und 42) [36]). Der amtliche Verteidiger kann sogar gegen den Willen des Angeschuldigten bezeichnet werden [37]). Die bernische Praxis berücksichtigt aber weitgehend die Wünsche des Angeschuldigten, in Erwägung, dass ohne jenes Vertrauensverhältnis die Verteidigung durch einen formellen Verteidiger zwecklos ist. So wird regelmässig der vom Angeschuldigten bezeichnete Anwalt oder der Anwalt, der für den Angeschuldigten das Gesuch um Beiordnung eines amtlichen Verteidigers stellt, gewählt [38]).

Ein Ablehnungsrecht gegenüber einem erwählten amtlichen Verteidiger kommt dem Angeschuldigten nicht zu [39]). De lege ferenda möchte ich die Gewährung eines solchen Rechtes befürworten.

§ 13. Stellung des Angeschuldigten bei den beweis- und strafsichernden Massnahmen.

I. Die Zwangsmittel im allgemeinen.

Zur Durchführung des Strafprozesses ist die Anwesenheit des Angeschuldigten und in gewissen Fällen die Beschlagnahme von Sachen notwendig. Für den Fall, dass der Angeschuldigte einen an ihn gerichteten dahingehenden Befehl nicht befolgt oder der Erlass eines solchen Befehls unzweckmässig ist,

---

[35]) Lanz S. 69 und 76.

[36]) Krauer S. 111. Wenn Krauer sagt, dass « der Angeschuldigte den notwendigen Verteidiger selbst bestimmen könne », so will dies nur bedeuten, dass der Angeschuldigte in Fällen der notwendigen Verteidigung einen gewillkürten Verteidiger ernennen kann.

[37]) Ruth nennt es eine schreiende Ungerechtigkeit gegenüber dem armen Angeschuldigten, wenn dieser seinen Verteidiger nicht selbst wählen kann. Vgl.: Ruth S. 48.

[38]) Wohnt der vom Angeschuldigten gewünschte amtliche Verteidiger nicht im Amtsbezirk, tut er gut, zum voraus auf die Geltendmachung der Reiseauslagen gegenüber dem Staate zu verzichten, damit seiner Wahl nicht finanzielle Gründe des Staates entgegenstehen.

[39]) a. M.: Lanz 77. Lanz nimmt an, dass sich durch Analogieschluss aus StrV 33 ein Ablehnungsrecht ergebe.

sieht das Strafprozessrecht Zwangsmittel vor. Der Angeschuldigte ist sowohl Partei, wie auch zukünftiges Exekutionsobjekt. Wenn im Strafverfahren eine Strafe ausgesprochen wird, muss der staatliche Strafanspruch auch verwirklicht werden können. Deshalb muss den Organen der gerichtlichen Polizei, dem Untersuchungsrichter und den Gerichten die Macht verliehen werden, sich der Person des Angeschuldigten zu sichern.

Der Angeschuldigte hat ein natürliches Interesse, alle ihn belastenden Momente zu beseitigen, sich dem Verfahren und der Strafe zu entziehen, sowie auch ein legitimes Interesse auf möglichste Wahrung seiner persönlichen Freiheit.

Bei der Gegenüberstellung der beidseitigen Interessen muss das staatliche Interesse vorgehen [1]). Ueberall da aber, wo für den Staat keine Notwendigkeit besteht, den Angeschuldigten anders zu behandeln als alle andern Bürger, ist er auch nicht berechtigt, über Zwangsmittel und Freiheitsbeschränkungen zu verfügen. Die Individualrechte dürfen immer nur so weit beschränkt werden, als es unumgänglich notwendig ist [2]). Die Zwangsmassnahmen, welche das StrV vorsieht, gehen immer nur so weit, als es der Prozesszweck unbedingt erfordert. Es ist eine schwere Aufgabe des Gesetzgebers gewesen, einerseits den staatlichen Strafanspruch zu sichern und anderseits auch Garantien dafür zu schaffen, dass bei der Sicherung dieses Strafanspruches dem Bürger nicht unverhältnismässige Uebel zugefügt werden [3]).

II. Die Vorführung.

Bevor zu dem wirksamsten, aber auch am stärksten in die persönliche Freiheit des Angeschuldigten eingreifenden Mittel der Verhaftung geschritten wird, soll das Erscheinen des Angeschuldigten durch die Vorführung erzwungen werden. Eine Vorführung kann erfolgen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der Verhaftung gegeben sind oder der Vorgeladene ohne genügende Entschuldigung einer Vorladung nicht Folge leistet. Im ersten Falle bildet die Vorführung ein Sicherungsmittel und im zweiten Falle eine Ausübung der Ordnungsgewalt (StrV 56) [4]).

III. Die Verhaftung.

1. Die Untersuchungshaft unterscheidet sich von den Freiheitsstrafen durch ihren strafprozessualen Sicherungszweck. Sie ist die auf staatliche Anordnung erfolgte Internierung von Personen, gegen welche ein Strafanspruch geltend gemacht wird. Das StrV unterscheidet zwei Arten der Untersuchungshaft:

a) Die Untersuchungshaft wegen Fluchtgefahr ist ein Mittel, um der Vereitelung der rechtlichen Durchführung des Verfahrens und des Strafvollzuges vorzubeugen [5]). Mit den modernen Errungenschaften der Technik (Telephon usw.) und den internationalen Auslieferungsverträgen ist eine Flucht des Angeschuldigten nur selten erfolgreich.

[1]) Lohsing S. 198; Sandmeyer S. 1 ff.; Gossweiler S. 23.
[2]) Bloch S. 44; Sandmeyer S. 9—11; Vargha S. 191.
[3]) Bloch S. 47.
[4]) Meyer Carl S. 137; Lohsing S. 199.
[5]) Sandmeyer S. 21.

b) Die Verhaftung wegen Kollusionsverdacht soll zur Verhütung von Handlungen des Angeschuldigten dienen, die den Erfolg der Untersuchung vereiteln oder gefährden. Die Kollusionshaft wurde im Inquisitionsprozess erfunden. Da das StrV weitgehend noch vom Untersuchungsprinzip beherrscht wird, kommt auch die Kollusionshaft zur Anwendung [6]).

2. Die Interessen des Staates würden am sichersten gewahrt durch die vollständige Isolierung jedes Angeschuldigten, also durch seine Verhaftung. Es bildete denn auch die Verhaftung sowohl im mittelalterlichen Inquisitionsprozess, wie auch noch nach dem GVSt für kriminelle Fälle und für Assisenfälle die Regel[7]). — Die Untersuchungshaft greift aber störend in die Lebensverhältnisse des Betroffenen und seiner Angehörigen ein. Sie wird meist plötzlich verhängt und trifft daher einen Unvorbereiteten als harten Schlag. Die physischen Leiden eines Untersuchungsgefangenen können empfindlicher sein als diejenigen eines Strafgefangenen, da ersterer ungleich strenger bewacht und kontrolliert wird als manche Strafgefangene [8]). Der verhaftete Angeschuldigte ist gegenüber dem auf freiem Fuss belassenen und gegenüber dem im Hauptverfahren als Anklagepartei auftretenden Staatsanwalt gewaltig im Nachteil. Er wird faktisch und moralisch in eine schwere Lage gebracht; ja die Untersuchungshaft bedeutet in vielen Fällen eine moralische Folter. Wenn man nur an die Interessen des Angeschuldigten denken würde, müsste man ihm deshalb in allen Fällen die Freiheit belassen [9]). Den radikalen Bestrebungen, die eine vollständige Abschaffung der Untersuchungshaft verlangten, da «es besser sei, 20 Schuldige unbestraft zu lassen, als nur einem einzigen Unschuldigen die Qualen der Untersuchungshaft zuzufügen», konnte der Gesetzgeber nicht folgen [10]). Der Staat kann auf das Mittel der Untersuchungshaft nach heutiger Anschauung nicht vollständig verzichten.

Die Berücksichtigung vorstehender Tatsachen führte zu dem Grundsatze, dass der Angeschuldigte in der Regel in Freiheit verbleibt (StrV 111). *Jede Verhaftung stellt eine Ausnahmeverfügung dar.* Neben diesem Grundsatz enthält das Gesetz materielle und formelle Voraussetzungen, die Garantie dafür bieten sollen, dass der Staat seine Macht nicht missbraucht und eine Haft nur da verhängt wird, wo sie unbedingt notwendig ist.

3. Materiell muss neben einem *dringenden Tatverdacht* ein Grund zur Annahme von *Fluchtgefahr* oder *Kollusionsgefahr* vorliegen, damit eine Verhaftung erfolgen kann. Auf Kollusionsabsicht darf nicht schon geschlossen werden, wenn der Angeschuldigte die ihm zur Last gelegte strafbare Handlung verneint. Es müssen vielmehr Kollusionen « in einem gewissen Grade wahrscheinlich erscheinen » [11]), und es sollte eine Kollusionshaft nur dann erfolgen, wenn eine subjektive Aktivität des Angeschuldigten vorliegt.

---

[6]) Meyer Carl S. 140; Zachariae Bd. I, S. 137; Sandmeyer S. 25, 30 und 32.
[7]) GVSt 143 und 144.
[8]) Amrhein S. 1—10; Marcy S. 166 ff.; Kolb S. 1 ff; Lohsing S. 200.
[9]) Marcy S. 165; Sandmeyer S. 1.
[10]) Beyeler S. 115 ff.
[11]) Waiblinger N 1 zu Art. 111.

Missbräuche entstehen aber weniger aus der Umschreibung der Verhaftungsgründe, als bei der Entscheidung der Frage, ob die objektiv geforderten Haftrequisiten im einzelnen Falle vorhanden seien oder nicht [12]). Ob ein hinlänglicher Schuldverdacht und eine Flucht- oder Kollusionsgefahr vorliegen, wird in das subjektive Ermessen des Untersuchungsrichters gelegt. In der Praxis erfolgt eine Verhaftung des Angeschuldigten oft auch dann, wenn kein dringender Tatverdacht vorliegt, da der Untersuchungsrichter auch in solchen Fällen ein Mittel haben muss, um eine Flucht oder Kollusionen eines bloss verdächtigen Angeschuldigten zu verhindern. Das freie richterliche Ermessen, d. h. der Ausschluss aller gesetzlichen Präsumptionen über das Vorhandensein der Fluchtgefahr oder Kollusionsgefahr, kann aber anderseits viele Verhaftungen verhüten, die beim Einhalten starrer, zwingender gesetzlicher Vorschriften erfolgen müssten. Wenn das Gesetz gewisse objektive Vorschriften aufstellt und anderseits dem Ermessen des Untersuchungsrichters Platz einräumt, soll damit erreicht werden, dass eine Verhaftung nur in dringenden Ausnahmefällen erfolgt.

4. Um Gewähr zu bieten, dass der Untersuchungsrichter frei von jeder Willkür eine Verhaftung nur nach eingehender Ueberlegung verfügt, stellt das Gesetz *formelle Requisiten* auf. Es ist für jede Verhaftung sowohl ein schriftlich begründeter *Verhaftungsbeschluss* wie auch ein *Verhaftungsbefehl* erforderlich (StrV 112 und 113). Diese absichtlich streng formell gehaltenen Bestimmungen sollen einerseits die Ueberprüfung der Beobachtung der gesetzlichen Voraussetzungen ermöglichen und anderseits missbräuchliche Anwendung der Befugnisse durch den Richter vermeiden [13]).

5. *Die Verfügung einer Verhaftung* steht sowohl dem Untersuchungsrichter wie auch dem Gerichtspräsidenten zu (StrV 111 und 233). Mehrere Strafprozessordnungen suchen das wertvolle Rechtsgut der Freiheit dadurch zu sichern, dass eine Verhaftung nur auf Grund einer öffentlichen, kontradiktorischen Verhandlung unter Zuziehung eines Verteidigers erlassen werden darf. Da der bernische Untersuchungsrichter aber ein den Gerichten beigegebener Beamter ist und als solcher zwischen Verfolgungsbehörde und Richter steht, ist eine frei von Willkür stehende sachliche Entscheidung einer möglichst unabhängigen Behörde auch ohne zeitversäumende kontradiktorische Verhandlung gesichert [14]).

6. Zur *Sicherung des Angeschuldigten vor willkürlicher oder missbräuchlicher Haftverhängung oder Haftbelassung* dienen mehrere gesetzliche Vorschriften:

Es soll die Verhängung der Untersuchungshaft nach einem bestimmten Zeitablauf kontrolliert werden. Deshalb muss der Verhaftete spätestens innerhalb 24 Stunden nach seiner Einlieferung vom Untersuchungsrichter verhört werden und bei diesem Anlass muss ihm der Verhaftungsbeschluss mit Begründung mitgeteilt werden (StrV 118). Dabei ist zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der Verhaftung gegeben sind (StrV 119). Liegen die Voraussetzungen einer Verhaftung nicht vor oder fällt der im Verhaftungs- oder Haft-

[12]) Sandmeyer S. 56.
[13]) Thormann: Erläuterungen 1912, S. 5; Sandmeyer S. 55 und 155.
[14]) Meyer Carl S. 195; Amrhein S. 85; Sandmeyer S. 100.

belassungsbeschluss genannte Verhaftungsgrund weg, so ist der Angeschuldigte freizulassen (StrV 119 und 127).

Ein eigentliches Rechtsmittel gegen ungerechtfertigte Verhaftung oder Haftbelassung steht dem Angeschuldigten nicht zu. Er kann aber jederzeit ein *Gesuch um Freilassung* einreichen. Weist der Untersuchungsrichter das Gesuch ab oder stimmt der Bezirksprokurator bei Fällen, die in die Zuständigkeit des Geschworenen- oder Amtsgerichtes gehören, der vom Untersuchungsrichter beantragten Freilassung nicht zu, so werden die Akten der Anklagekammer zum Entscheide eingesandt (StrV 128). Der das Gesuch abweisende oder zusprechende Entscheid ist der materiellen Rechtskraft nicht fähig. Der Angeschuldigte kann das Gesuch um Freilassung jederzeit wiederholen [15]).

Als Sicherungsmittel gegen eine allzu lange Verhaftung hat die Theorie die Aufstellung von *Maximalverhaftungsfristen* angeregt. Mehrere Gesetzgebungen haben diesen Gedanken verwirklicht und bestimmen maximale zeitliche Grenzen der Haft. Da aber solche starre Bestimmungen von einem vielbeschäftigten Richter bei komplizierten Untersuchungen nicht eingehalten werden können, muss dann dem Untersuchungsrichter die Möglichkeit gegeben werden, ein Verlängerungsgesuch an eine Oberbehörde stellen zu können. Damit aber werden die Maximalfristen ziemlich wertlos und der bernische Gesetzgeber hat deshalb von der Aufstellung solcher Fristen abgesehen [16]). — Namentlich bei komplizierten Untersuchungen mit mehreren Angeschuldigten kann die Haft lange dauern. Damit in solchen Fällen die Verhaftung nicht unnötig lange dauert, wird im StrV 102 vorgeschrieben, dass eine Vereinigung konnexer Fälle nicht unbedingt stattzufinden braucht.

7. Der Angeschuldigte besitzt ein *Recht auf Haftverschonung*, wenn er bei Polizeiübertretungen für den Vollzug des zu erwartenden Urteils genügende Sicherheit leistet. Eine Verhaftung wegen Kollusionsgefahr ist bei Pressvergehen und Polizeiübertretungen überhaupt ausgeschlossen (StrV 111) [17]).

Dass die Sicherungshaft durch die *Leistung einer Sicherheit* abgewendet werden kann, entspringt dem Grundsatz der möglichsten Haftverschonung. Bei der Haftentlassung gegen Kaution muss die Kaution von Fall zu Fall in angemessener Weise bestimmt werden. Der Untersuchungsrichter kann eine vorläufige Freilassung auch von andern Bedingungen als von der Leistung einer Sicherheit abhängig machen, sofern überhaupt noch ein Verhaftungsgrund vorliegt (StrV 129). Das Gesetz stellt nur eine Weisung an den Richter auf, unter welchen Bedingungen er einem Antrag auf Freilassung stattgeben kann. Die Verteidigungspartei kann das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen nachweisen, aber der Untersuchungsrichter entscheidet über diesen strafprozessualen Antrag nach freiem Ermessen.

Ob der Angeschuldigte auf die Haftentlassung gegen Kaution ein subjektives Recht habe oder ob die Vorschriften von StrV 129 nur eine Weisung an den

---

[15]) Bloch S. 56; Stamm S. 57; Sandmeyer S. 142.
[16]) Amrhein S. 111; Meyer Carl S. 151; Bloch S. 54; Beyeler S. 114; Sandmeyer S. 150; Thormann: Notizen S. 5.
[17]) Bloch S. 47 ff.; Jaeggi S. 29.

Richter darstellen, ist bestritten [18]). Der Wortlaut von StrV 129 schreibt nur vor, dass der Richter eine Freilassung des Angeschuldigten von einer genügenden Sicherheitsleistung abhängig machen *könne*. Es muss also der Richter die Ueberzeugung erhalten, dass durch die Kaution genügende Garantie geleistet sei. Wenn auch hier nicht von einem subjektiven Recht des Angeschuldigten auf Haftverschonung gesprochen werden kann, liegt doch in den Bestimmungen von StrV 129 ff. für den Angeschuldigten in den meisten Fällen eine Möglichkeit, die Verhaftung abzuwenden oder aufheben zu lassen.

8. Für die *Behandlung des Angeschuldigten während der Untersuchungshaft* [19]) ist massgebend, dass der Angeschuldigte nicht als Schuldiger behandelt werden darf. Dem Angeschuldigten dürfen die persönlichen Freiheitsrechte nur soweit entzogen werden, als es unumgänglich notwendig ist. Die Haft ist ein Mittel um zu verhüten, dass der Angeschuldigte die Spuren der Tat verwische, und um zu erreichen, dass er vor Gericht erscheint und die zu gewärtigende Strafe erduldet; die Haft hat aber nicht den Zweck, den Angeschuldigten zu bestrafen. Daraus folgt, dass die Behandlung der Untersuchungsgefangenen von der Behandlung der Strafgefangenen wesentlich verschieden sein muss. Dem Verhafteten dürfen die Freiheiten und Bequemlichkeiten nur soweit entzogen werden, als es der Zweck der Haft verlangt, und es muss dafür gesorgt werden, dass der Angeschuldigte durch die Haft möglichst wenig leide [20]).

Die Untersuchungsgefangenen dürfen ohne ihre Einwilligung nicht im gleichen Raume mit Strafgefangenen verwahrt werden; jede unnötige Strenge ist untersagt, und eine Freiheitsbeschränkung darf nur soweit erfolgen, als es der Untersuchungszweck erheischt (StrV 122). Aus diesen Bestimmungen geht ein Recht des verhafteten Angeschuldigten auf möglichste Belassung der persönlichen Freiheit und folgende einzelne Befugnisse hervor:

a) Der Verhaftete hat ein Recht auf eigene Verpflegung oder Zulagen zu der Gefangenenkost. Dieses Recht kann aus Kollusionsgründen auf eine zusätzliche Verpflegung aus der Privatküche des Gefangenenwärters beschränkt werden, denn ein unbeschränktes Recht aus Selbstverköstigung durch eine Hotelküche bildet eine Kollusionsgefahr [21]).

b) Zur Schonung der Ehre des Untersuchungsgefangenen hat er ein Recht, seine eigenen Kleider zu behalten und nicht etwa in Sträflingskleider gesteckt zu werden.

c) Der Verhaftete darf nicht zu einer Arbeit gezwungen werden, hat aber ein Recht auf Beschäftigung nach eigener Bestimmung und auf eigene

[18]) Bloch (S. 58) spricht von einem formellen Recht auf Haftverschonung und sagt, dass der Richter eine Haftverfügung unterlassen müsse, wenn es sich einzig um Fluchtgefahr handelt und der Angeschuldigte Sicherheit anbietet. Dagegen stehen Waiblinger (N 1 zu Art. 129) und Jaeggi (S. 29) auf dem Standpunkt, dass hier nicht von einem formellen Recht des Angeschuldigten gesprochen werden kann.

[19]) Ueber die Behandlung bei der Verhaftung vgl. § 9, II. der vorliegenden Arbeit.

[20]) Meyer Carl S. 150; Sandmeyer S. 172 ff; Gossweiler S. 31; Lohsing S. 208 ff.; Marcy S. 165.

[21]) Waiblinger N 2 zu Art. 122.

Rechnung, soweit dies der Zweck der Haft, die Gefängnisordnung und die Sicherheit zulässt [22]).

d) Auf den Gesundheitszustand des Häftlings ist Rücksicht zu nehmen und er hat nötigenfalls ein Recht auf ärztliche Behandlung und entsprechende Unterbringung.

e) Im Rahmen der Hausordnung sind dem Angeschuldigten seine persönlichen Effekten, wie Schreib-, Lese- und Rauchmaterial zu belassen.

f) Der Verhaftete ist von der Aussenwelt nur soweit abzuschliessen, als es der Zweck der Haft erfordert. Er hat ein Recht, Besuche in Gegenwart einer Gerichtsperson zu empfangen und Briefe, Telegramme und ähnliche Sendungen nach vorheriger Prüfung durch den Untersuchungsrichter zugestellt zu erhalten. Er darf auch Korrespondenz abschicken, wobei dem Untersuchungsrichter allerdings das Recht zukommt, die Schriftstücke durchzusehen. Zu dem Recht auf schriftlichen Verkehr gehört auch die Erlaubnis, Schriftstücke an höhere Justizbehörden, z. B. zum Zwecke der Beschwerde, abzuschicken.

IV. Die Verbringung des Angeschuldigten in eine Irrenanstalt.

Die Einweisung des Angeschuldigten in eine Anstalt zum Zwecke der Beobachtung des Geisteszustandes bildet einen ausserordentlich tief eingreifenden Akt. Das Gesetz macht die Einweisung deshalb von der Zustimmung des Bezirksprokurators abhängig. Bei nicht dringlichen Fällen ist ausserdem noch eine Ansichtäusserung der Angehörigen einzuholen (StrV 160).

Während der Beratung des Gesetzes und in der Literatur wurden als weitere wünschenswerte Sicherungen postuliert: Teilnahme des Verteidigers an der Beschlussfassung [23]), Gesuch auf Aufhebung der Massnahme und Verleihung von Rechtsmitteln. Das StrV sieht keine dieser weitern Sicherungen vor. Dem Angeschuldigten steht aber die Beschwerde nach StrV 64 zu.

V. Die Beschlagnahme.

Die Beschlagnahme bezweckt die Sicherstellung von Gegenständen, die der Beweisführung dienen. Sie wird durch zwangsweise Wegnahme der Gegenstände aus dem Gewahrsam des Angeschuldigten oder eines Dritten durch das zuständige Organ erreicht [24]). Der Angeschuldigte wird in den wenigsten Fällen den Untersuchungsbehörden belastende Beweismittel freiwillig zur Verfügung stellen. Zur Erreichung des Zweckes der Untersuchung müssen deshalb die notwendigen Gegenstände zwangsweise gesichert werden können (StrV 169). Dieser Notwendigkeit steht das nicht schutzwürdige Interesse des Angeschuldigten gegenüber, den Strafverfolgungsbehörden die belastenden Beweismittel zu entziehen [25]).

Die Anordnung der Beschlagnahme steht einzig dem Untersuchungsrichter und den Gerichten zu. Im Falle der vorläufigen Verwahrung von Gegenständen

[22]) Bloch S. 57.
[23]) Thormann: Bericht S. 19.
[24]) von Kries S. 283.
[25]) Gossweiler S. 32; vgl. auch KV 89. Hunziker Roy Hermann: Die Beschlagnahme im bernischen Strafverfahren. Diss. Bern 1940, S. 18 und 25 ff.

durch Polizeiorgane, hat der Richter über die Beschlagnahme einen Beschluss zu fassen. Dieser Beschluss ist dem Inhaber der Gegenstände schriftlich mitzuteilen (StrV 171, Abs. 4). Für die Beschlagnahme ist das gesetzliche Verfahren einzuhalten. Neben eingehenden Verfahrensvorschriften, welche der Sicherung der Rechte der Personen dienen, die Beweisgegenstände besitzen, hat der Angeschuldigte die Möglichkeit, Beschwerde nach StrV 64 zu erheben. Der Eigentümer der beschlagnahmten Gegenstände kann auch beim Richter ein mündliches oder schriftliches Gesuch auf Aufhebung der Beschlagnahme einreichen, welchem der Richter jederzeit stattgeben kann (StrV 171, Abs. 5).

VI. Die Durchsuchung.

Das StrV verwendet den von der Wissenschaft ausgebildeten Begriff der Durchsuchung nicht, kennt aber folgende Möglichkeiten:

a) Haussuchung (StrV 173—182).

b) Personendurchsuchung: « Besondere Massnahmen zum Zwecke der Herstellung der Identität oder sonst im Interesse der Strafrechtspflege » (StrV 107) [26]).

1. Die *Haussuchung* bezweckt Vornahme einer Beschlagnahme oder Verhaftung, Auffindung von verborgenen Personen, Sachen und allfälligen Spuren, die für die Abklärung des Tatbestandes bedeutsam sind oder die Vornahme eines Augenscheins. Die Haussuchung ist ein zur Erreichung des Untersuchungszweckes notwendiges, in Beschränkung des verfassungsmässig garantierten Hausrechtes erlaubtes Eindringen der Untersuchungsorgane in ein Gebäude oder eine geschlossene Räumlichkeit und die öffentlich rechtliche Inanspruchnahme desselben gegen den Willen des Inhabers [27]). Der durch die Haussuchung bewirkte schwere Eingriff in die persönliche Freiheit kann für den Verfügungsberechtigten grossen finanziellen und moralischen Schaden zur Folge haben [28]). Deshalb stellt das Gesetz eingehende Formvorschriften auf und gibt dem Angeschuldigten ein Recht, bei der Haussuchung beigezogen zu werden. Der anwesende, nicht verhaftete Angeschuldigte ist in allen Fällen zur Haussuchung beizuziehen. Der verhaftete Angeschuldigte kann vom Untersuchungsrichter beigezogen werden oder hat andernfalls das Recht, einen Vertrauensmann zu bezeichnen, der an seiner Stelle der Haussuchung beiwohnt.

Als Beschränkungen des verfassungsmässig garantierten Hausrechtes dürfen die Gesetzesbestimmungen von StrV 173—182 nicht ausdehnend ausgelegt werden [29]).

Gegen eine unter Missachtung der gesetzlichen Vorschriften vorgenommene Haussuchung ist der Hausrechtsinhaber zum Widerstand berechtigt (KV 76, Abs. 3). Wegen Amtspflichtverletzung bei der Haussuchung steht dem Angeschuldigten die Beschwerde nach StrV 64 zu. Wenn durch unrichtige Gesetzesanwendung der verfassungsmässige Grundsatz der Unverletzlichkeit

[26]) Lohsing S. 226; Weber: Die Durchsuchung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich, 1934, S. 1 ff.
[27]) Waiblinger N 1 zu Art. 173.
[28]) Gossweiler S. 35.
[29]) Waiblinger N 3 zu Art. 173.

des Hausrechtes selbst verletzt ist, nicht aber schon bei Verletzung der gestützt auf KV 76, Abs. 2, erlassenen gesetzlichen Bestimmungen, steht dem Angeschuldigten auch der staatsrechtliche Rekurs zu.

2. Ueber die *Durchsuchung der Papiere* des Angeschuldigten enthält das StrV keine besondern Bestimmungen. Papiere des Angeschuldigten können nach den Bestimmungen über die Beschlagnahme und Haussuchung durchsucht werden [30]). Eine Durchsuchung der Papiere bildet für den Angeschuldigten die Gefahr der Enthüllung intimster Privatgeheimnisse, die oft Briefen und Tagebüchern anvertraut werden. Der Angeschuldigte besitzt aber gegenüber polizeilichen oder richterlichen Durchsuchungen seiner Papiere keine andern Sicherungen als die Formvorschriften des Gesetzes. Es findet insbesondere die Vorschrift, dass bei der Vornahme einer Haussuchung mit der dem Bürger gebührenden Schonung zu verfahren sei, auch auf die Durchsuchung der Papiere Anwendung (StrV 177). Zum besondern Schutz der Geheimsphäre wäre es zweckmässig, dem Angeschuldigten das Recht zuzubilligen, sich durch Widerspruch der Durchsuchung der Papiere zu widersetzen. Die Durchsuchung müsste dem Angeschuldigten rechtzeitig angekündigt werden und im Falle des Widerspruchs hätte die Anklagekammer oder der Bezirksprokurator zu entscheiden [31]).

3. Der Angeschuldigte hat sich den vom Untersuchungsrichter angeordneten Massnahmen, die zum Zwecke der Herstellung der Identität oder sonst im Interesse der Strafrechtspflege vorgenommen werden, zu unterziehen. Die Ausführung dieser Massnahmen kann erzwungen werden. Es ist aber jede unnötige Strenge zu vermeiden. Leibesuntersuchungen an einer Frau sind durch eine Frau oder einen Arzt vorzunehmen (StrV 107). Zu den in StrV 107 vorgesehenen Massnahmen gehört die *Durchsuchung der Person des Angeschuldigten*, zwecks Auffindung von Beweismitteln und gestohlenen Gegenständen, die Photographie, die Abnahme von Fingerabdrücken und ähnliches. Bei der Leibesdurchsuchung werden vor allem die Körperhöhlen, die Achselhöhlen, die Haare und die Zehenräume untersucht werden müssen. Eine Leibesuntersuchung findet immer statt bei der Einlieferung von Untersuchungsgefangenen in die Bezirksgefängnisse.

Diese Massnahmen gehören zu den am tiefsten in die persönliche Freiheit eingreifenden Zwangsmassnahmen des Strafverfahrens. Sie sollen nur bei dringendem Verdacht der Täterschaft angewendet werden.

VII. Die Untersuchung des Angeschuldigten.

Eine körperliche oder psychiatrische Untersuchung des Angeschuldigten kann zur Erreichung des Zweckes des Strafverfahrens unentbehrlich sein. Wenn ein solcher Eingriff in die persönliche Freiheit notwendig ist, sind die körperliche

[30]) Allerdings dürfen nicht bei einer Haussuchung, welche z. B. als Hauptzweck die Erforschung von Tatspuren hat, als Nebenzweck, z. B. zur Auffindung ungestempelter Quittungen, die Papiere des Angeschuldigten durchsucht werden. Waiblinger N 7 zu Art. 173.

[31]) Gossweiler S. 37.

Integrität, die Ehre und andere berechtigte Interessen des Angeschuldigten so weitgehend als möglich zu wahren.

1. *Eine körperliche Untersuchung* kann nur von medizinischen Sachverständigen vorgenommen werden. Zur körperlichen Untersuchung gehört die Untersuchung der Körperoberfläche und aller äussern und innern Organe des Angeschuldigten (StrV 159).

2. Eine Einweisung in eine Anstalt zum Zwecke der *psychiatrischen Untersuchung* kann nur durch übereinstimmenden Beschluss des Untersuchungsrichters und des Bezirksprokurators erfolgen (StrV 160) [32]).

§ 14. Entschädigung für unbegründete Verhaftung und die durch die Untersuchung erlittenen Nachteile.

1. Ist der Angeschuldigte in *Verletzung einer Amtspflicht* in Untersuchung gezogen, festgenommen oder verhaftet worden, und ist ihm aus dieser Pflichtverletzung ein Schaden entstanden, so finden §§ 46 ff. des Gesetzes vom 19. Mai 1851 Anwendung, wonach dem Bürger ein subjektives Recht auf Schadenersatz zusteht.

Durch die Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden können jedoch auch *ohne Amtspflichtverletzungen* legitime Interessen der Angeschuldigten verletzt werden. Vor der Durchführung einer Untersuchung kann die Berechtigung des strafprozessualen Vorgehens gegen eine bestimmte Person weder bejaht noch verneint werden. Endigt der Strafprozess mit einer Verurteilung des Angeschuldigten, so hat dieser den ihm durch das Verfahren zugefügten Schaden selbst zu tragen. Wird dagegen nach Beendigung der Voruntersuchung die Strafverfolgung durch einen Aufhebungsbeschluss aufgehoben oder der Angeschuldigte nach durchgeführtem Hauptverfahren freigesprochen, dann waren die strafprozessualen Massnahmen zwar berechtigte, aber, wie der Ausgang des Verfahrens gezeigt hat, in unbegründeter Weise erfolgte Freiheitsentziehungen oder Beschränkungen [1]). Wären die durch die Voruntersuchung oder das Hauptverfahren erbrachten Feststellungen schon bei Einleitung des Verfahrens bekannt gewesen, so hätten die strafprozessualen Massnahmen überhaupt nicht stattgefunden [2]).

Da bei der Beurteilung des Vorhandenseins von Festnahme- oder Verhaftungsgründen und der Beschlussfassung über die Einleitung des Verfahrens weitgehend das subjektive Ermessen der Strafverfolgungsorgane Platz greift, sind die Fälle unbegründeter Einleitung des Verfahrens und unbegründeter Festnahme oder Verhaftung häufig [3]). Wenn das Gesetz den Untersuchungsrichter zur Vornahme einer Verhaftung ermächtigt, handelt er rechtmässig, und

---

[32]) Vgl. § 13, IV, der vorliegenden Arbeit.
[1]) Thormann: Erläuterungen 1926, S. 8.
[2]) Tobler: Die Entschädigungspflicht des Staates gegenüber schuldlos verfolgten Angeklagten und Verurteilten. Zürich 1905, S. 22.
[3]) Bloch S. 75; Meyer Carl S. 181.

es kann von einem Verschulden auch dann keine Rede sein, wenn die Verhaftung unbegründet war. Auf solche Fälle findet § 46 des Gesetzes vom 19. Mai 1851 nicht Anwendung. Wird der verhaftet gewesene Angeschuldigte verurteilt, so ist in der Form der Anrechnung der ausgestandenen Untersuchungshaft eine unmittelbare Wiederherstellung möglich. Im Falle der Aufhebung der Voruntersuchung oder des Freispruches entsteht die Frage, ob der Staat dem betreffenden Bürger zu Ersatz verpflichtet sei, weil er ihm einen Schaden verursacht hat. Nach herrschender Ansicht hat der Staat nach den Grundsätzen der Unschuldsvermutung, der Billigkeit und Gerechtigkeit gegenüber dem schuldlos Verfolgten eine Entschädigungspflicht. Es dürfen solche Rechtsfolgen dem Angeschuldigten nicht auferlegt werden, ohne dass ihm nachträglich eine Ersatzleistung zugebilligt wird. Der Grundsatz, dass dem Unschuldigen, der auf Grund eines äusserlich formgerechten Verfahrens in Untersuchung gezogen, festgenommen oder verhaftet wurde, ein Ersatz zu gewähren sei, lässt sich letzten Endes auf den Grundsatz der Rechtsgleichheit zurückführen [4]) [5]).

Die Entschädigungsforderung wurde in der ältern Literatur unter dem Einfluss der Fiskaltheorie mehrheitlich als privatrechtliche bezeichnet [6]). Auch das Bundesgericht hat in mehreren Entscheiden den Entschädigungsanspruch als privatrechtlichen behandelt [7]). Diese Praxis des Bundesgerichtes zu OG 48 erfolgt jedoch einzig mit Rücksicht auf den Ursprung und den Zweck der Bestimmung von OG 48. Nach dem legislatorischen Zweck von OG 48 soll jeder vermögensrechtliche Anspruch von Personen gegen den Staat als privatrechtlicher behandelt werden, auch wenn der anzuwendende materielle Rechtssatz den Anspruch als öffentlich-rechtlichen charakterisieren würde [8]). — Wenn aber der Entschädigungsanspruch für den durch unbegründete Strafverfolgung und unbegründete Verhaftung erlittenen Schaden ein privatrechtlicher wäre, müsste er von einem Antrag des Verletzten abhängig gemacht werden [9]). Da die Entschädigung des Staates für die durch unbegründete Untersuchung, Festnahme oder Verhaftung verursachten Nachteile ihren Rechtsgrund im öffentlichen Recht hat, ist es ein *öffentlich-rechtlicher Anspruch.* Ob eine solche Entschädigung zu gewähren sei, kann denn auch nur aus den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes abgeleitet werden [10]).

Nach dem GVSt stand die Ausrichtung einer Entschädigung im freien Ermessen der Gerichtsbehörden (GVSt 235). Der Vorentwurf von 1912 hatte bei der Entscheidung der Frage, ob dem Angeschuldigten ein Rechtsanspruch oder nur ein Billigkeitsanspruch zu gewähren sei, einen Mittelweg gewählt. Zu-

---

[4]) Graf zu Dohna S. 271.
[5]) Andreas Sprecher von Bernegg: Ueber die Entschädigungspflicht des Staates bei Ausübung der öffentlichen Gewalt, Diss. Bern, 1921, S. 137, 142—149.
[6]) Tobler a. a. O. S. 25. Gerber: Die Entschädigungspflicht des Staates gegenüber unschuldig Verfolgten und Bestraften, Diss. Bern, 1921, S. 14 ff. und S. 18. Gerber begründet die privatrechtliche Natur des Entschädigungsanspruches damit, dass der Anspruch vorwiegend für den Nutzen einzelner bestimmt sei.
[7]) BGE 15, S. 918; 18, S. 503.
[8]) Matti: Zivilprozessrecht, Zürich 1937, S. 1055.
[9]) Jaeggi S. 48.
[10]) Fleiner S. 289 ff.

nächst sollte die Frage nach Billigkeitsrücksichten entschieden werden. Dagegen sollte grundsätzlich eine Entschädigung gesprochen werden, sobald eine Festnahme oder eine Verhaftung stattgefunden hatte und dem Angeschuldigten sollte in diesem letztern Falle ein Rechtsanspruch zukommen [11]). Der Entwurf von 1926 enthielt in Art. 203 die gleiche Lösung, und erst im Entwurf des Regierungsrates und der Grossratskommission vom 4./8. Juli 1927 wurde zum Billigkeitsprinzip zurückgekehrt. StrV 202 gewährt dem Angeschuldigten nur einen *Billigkeitsanspruch* auf Entschädigung. Grund dieser Lösung war sowohl die Furcht vor einer allzu starken Belastung der Staatsfinanzen, wie auch die Erwägung, dass bei der Gewährung der Entschädigung verschiedene Gründe mitberücksichtigt werden müssen [12]) [13]).

2. Es gebührt nicht unterschiedlos einem jeden Freigesprochenen oder jedem Angeschuldigten, dessen Untersuchung aufgehoben wurde, ein Geldersatz für die erlittenen Nachteile [14]). Jedes freisprechende Urteil und jeder Aufhebungsbeschluss muss aber eine Entscheidung darüber enthalten, ob dem Angeschuldigten für die durch die Untersuchung verursachten Nachteile, insbesondere im Falle der Verhaftung, eine Entschädigung gebührt (StrV 199, 202, 258).

Trotz der grundsätzlichen Anerkennung der Verabfolgung einer Entschädigung an den schuldlos Verfolgten muss nach StrV im einzelnen Falle durch den Richter oder die Ueberweisungsbehörde entschieden werden, ob dem Angeschuldigten eine Entschädigung wirklich gebühre. Die Entscheidung nach Billigkeit bedeutet aber keine Ermächtigung zu Willkür, sondern nur *zu pflichtgemässem Ermessen* [15]). Es ist nach den Umständen des einzelnen Falles, der grössern oder geringern schädlichen Wirkung, dem Verhalten des Angeschuldigten vor und während der Untersuchung über die Rechtfertigung und Höhe der Entschädigung zu entscheiden. Die Praxis hat eine Reihe von Grundsätzen entwickelt, welchen aber keine allzugrosse Bedeutung beigemessen werden kann, da sich jeder Fall etwas anders darbietet und das freie Ermessen die verschiedensten Umstände berücksichtigen lässt:

a) Dem Angeschuldigten gebührt nur für wesentliche Nachteile eine Entschädigung. Denn die Strafverfolgung geschieht im öffentlichen Interesse und die Vorteile der staatlichen Verbrecherbekämpfung kommen der Gesamtheit und dem einzelnen zugut. Deshalb hat der Angeschuldigte einen nur geringen Nachteil selber zu tragen [16]).

b) Neben dem materiellen ist auch der immaterielle Schaden, der tort moral, zu ersetzen (arg. aus StrV 358) [17]).

---

[11]) Vorentwurf 1912, Art. 186, 197 und 198. Thormann: Erläuterungen 1912, S. 8; Bloch S. 76.

[12]) Thormann: Erläuterungen 1926, S. 8.

[13]) Die Lösung von StrV 203 wird bedauert von Jaeggi S. 46; vgl. auch Meyer Carl S. 181; Hafter Z. 15, S. 353. Ein gleicher Rückschritt erfolgte durch WHG I für StrV 357.

[14]) Vgl. auch StGB 69.

[15]) Ruck: Verwaltungsrecht Bd. I, S. 132.

[16]) Meyer Carl S. 182; Waiblinger N 1 zu Art. 202.

[17]) Jaeggi S. 49; Bloch S. 77; Waiblinger N 1 zu Art. 202; a. M.: Meyer Carl S. 182; Graf zu Dohna S. 274; Lohsing S. 218.

c) Dem Angeschuldigten, der das Verfahren und die Haft durch schuldhafte Erregung von Verdacht- und Verhaftungsgründen selbst veranlasst hat, gebührt keine Entschädigung. Aber demjenigen, der nur entweder die Verfolgung oder die Verhaftung, nicht aber beides zusammen, vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat, gebührt eine Entschädigung. Hat der Angeschuldigte den begründeten Verdacht nicht selbst veranlasst, ist ihm eine Entschädigung zuzusprechen [18]).

d) Bei nachgewiesenen Vorbereitungshandlungen, grober Unsittlichkeit, Unredlichkeit, besonderer Bosheit oder Trunkenheit ist eine Entschädigung nicht am Platze. Dagegen darf nicht darauf abgestellt werden, ob die Unschuld zweifellos feststehe oder ob die Ueberweisungsbehörde oder das Gericht trotz Aufhebung der Untersuchung, resp. Freispruch, von der Unschuld des Angeschuldigten nicht überzeugt sind [19]).

e) Erfolgt die Aufhebung der Untersuchung oder der Freispruch aus andern Gründen als aus Mangel an einem strafbegründenden Tatbestandsmerkmal, ist eine Entschädigung in den meisten Fällen nicht am Platze. Beim Vorhandensein von Strafausschliessungsgründen, beim Vorliegen von Schuldausschliessungsgründen oder beim nachträglichen Auftreten von Strafaufhebungsgründen muss deshalb auf den einzelnen Fall abgestellt werden [20]).

f) Dem Angeschuldigten, der das Verfahren durch schuldhafte Erregung von Verdachtgründen selbst verursacht hat, aber in der Folge unverhältnismässig lange in der Haft behalten wurde, oder dem andere übermässige Nachteile zugefügt wurden, gebührt eine teilweise Entschädigung, wie auch einem Verurteilten, der verhältnismässig zu lange verhaftet war, eine solche gewährt wird.

g) Das Moment der Sorgfalt der Verfolgungsbehörden ist nicht massgebend. Es ist eine Entschädigung auch dann auszurichten, wenn die Behörden alle Sorgfalt angewendet haben. Denn es handelt sich bei der Entschädigung nach StrV 202 immer um einen ohne Verschulden der Strafverfolgungsbehörden erlittenen Nachteil. Deshalb spielt auch die Rückgriffsmöglichkeit des Staates gegenüber dem Anzeiger oder Privatkläger keine Rolle für die Frage des Zuspruchs oder der Bemessung der Entschädigung [21]).

Es wirken Ermessensgründe so stark auf die Entschädigungsfrage ein, dass oft der Grundsatz, wonach dem Angeschuldigten für einen in unbegründeter Weise angerichteten Schaden eine Ersatzleistung zuzubilligen sei, bedenklich angetastet wird. Der Staatsbürger hat wohl das durch die Notwendigkeit einer energischen Verbrechensbekämpfung bedingte Risiko vorerst auf sich zu nehmen, soll aber wenigstens nachträglich einen Ersatz beanspruchen können.

---

[18]) Waiblinger N 1 zu Art. 202; Lohsing S. 219; Graf zu Dohna S. 272; Jaeggi S. 48.
[19]) Waiblinger N 1 zu Art. 202; Lohsing S. 219.
[20]) Krauer S. 102; Graf zu Dohna S. 272; Waiblinger N 1 zu Art. 202 und N 1 zu Art. 258. Lohsinger (S. 219) schliesst für den Fall der Unzurechnungsfähigkeit des Angeschuldigten eine Entschädigung aus.
[21]) Waiblinger N 1 zu Art. 202.

3. Wenn in einem Aufhebungsbeschluss oder in einem Urteil über die Entschädigungsfrage entschieden wurde, kann wegen ungesetzlicher Verhaftung usw. später immer noch vorgegangen werden. — Gegen den Entscheid über die Entschädigungsfrage bei rechtmässiger Verhaftung steht dem Angeschuldigten bei Beschlussfassung durch den Untersuchungsrichter und Bezirksprokurator ein *Rekursrecht* an die Anklagekammer zu, wenn der Gegenstand der Voruntersuchung im Sinne von StrV 305 appellabel ist. Erfolgt dagegen ein Aufhebungsbeschluss durch die Anklagekammer, hat der Angeschuldigte in bezug auf die Entschädigung kein Rekursrecht. Im Falle der Freisprechung durch das urteilende Gericht stehen dem Angeschuldigten die ordentlichen *Rechtsmittel* zu (StrV 189, 258, 305).

IV. KAPITEL.

Das Ueberweisungsverfahren.

§ 15. Die Einleitung des Hauptverfahrens.

Das StrV kennt keine Anklageerhebung im eigentlichen Sinne. Es findet weder zu Beginn der gerichtlichen Strafverfolgung, noch der Hauptverhandlung eine Anklage durch den Staatsanwalt statt [1]). Das Hauptverfahren wird entweder durch Eröffnungsbeschluss des Untersuchungsrichters, Ueberweisungsbeschluss des Untersuchungsrichters und Bezirksprokurators oder Ueberweisungsbeschluss der Anklagekammer eröffnet (StrV 88, Ziff. 2, 184 ff, 192 ff.).

Vom Vorverfahren erfährt die Oeffentlichkeit im allgemeinen wenig. Wird jedoch der Angeschuldigte vor das urteilende Gericht gestellt, steht es jedermann frei, der Hauptverhandlung beizuwohnen. Auch wenn der Angeschuldigte freigesprochen wird, bleibt vielfach ein Makel auf ihm haften. Der Eröffnungsbeschluss, die Durchführung einer Voruntersuchung und die Ueberweisung bilden eine Sicherung des Angeschuldigten, nicht ohne wirklich begründete Veranlassung vor das erkennende Gericht gestellt zu werden [2]).

Während bei der Prüfung der Folgegebung eingereichter Strafanzeigen der Untersuchungsrichter häufig zu einem Nichtfolgegebungsbeschluss gelangt, scheuen sich die Ueberweisungsbehörden in begreiflicher Weise, nach durchgeführter Voruntersuchung einen Aufhebungsbeschluss zu fassen und dadurch dem erkennenden Gericht gewissermassen vorzugreifen. Es wird von einzelnen Autoren die Aufhebung der Untersuchung als Unrecht bezeichnet, da das « laufen lassen » in den Augen der Welt ein gewisses Odium habe [3]). Nach überwiegender Ansicht bietet das Ueberweisungsstadium jedoch dem Angeschuldigten eine wirksame Garantie dafür, dass er jeder weitern Verfolgung sofort entzogen wird, wenn die Ueberweisungsbehörden voraussehen, dass ein Hauptverfahren nicht mit Erfolg durchzuführen sein werde [4]).

Es liegt im Interesse des Angeschuldigten, wenn eine Hauptverhandlung erst nach sorgfältiger Ueberprüfung eröffnet wird und die « Verhängung des Uebels der Hauptverhandlung » [5]) nicht dem Untersuchungsrichter allein überlassen wird. Die Ueberweisungsfrage kann durch den Untersuchungsrichter oder ein unabhängiges Gericht gelöst werden. Ein gerichtliches Urteilsverfahren im Ueberweisungsstadium gibt dem Vorverfahren jedoch leicht eine grössere Aus-

---

[1]) Die Anklageschrift des Bezirksprokurators ist nicht Parteischrift, sondern ein Akt des Staatsanwaltes als Hilfsorgan der Ueberweisungsbehörde (StrV 268). Die Anklageschrift bezweckt nur, nach erfolgter Ueberweisung die Parteien und das Gericht mit dem Gegenstand der Anklage bekannt zu machen.

[2]) Meyer Hugo S. 30 ff.; Gossweiler S. 14.

[3]) Kolb S. 15.

[4]) Jaeggi S. 13.

[5]) Meyer Hugo S. 30.

dehnung und verlegt den Schwerpunkt des Prozesses in das Vorverfahren [6]). Die Abwägung dieser Interessen führte zu folgender Lösung:

a) Fälle, die in die Zuständigkeit des Einzelrichters gehören, überweist der *Untersuchungsrichter* im Eröffnungsbeschluss an den Einzelrichter (StrV 86 und 88, Ziff. 2).

b) In den mit zeitlichem Zuchthaus ohne bestimmte Mindestdauer oder mit Gefängnis bedrohten Fällen erfolgt die Beschlussfassung nach durchgeführter Voruntersuchung durch den *Untersuchungsrichter und Bezirksprokurator* (StrV 184, 185, in der Fassung von EG 29, Ziff. X).

c) In den mit lebenslänglichem Zuchthaus oder mit Zuchthaus von bestimmter Mindestdauer bedrohten Fällen, sowie in denjenigen von StrV 29, Ziff. 2 und 3, erfolgt die Beschlussfassung nach durchgeführter Voruntersuchung durch die *Anklagekammer* (StrV 192, Fassung EG 29, XI).

§ 16. Rechte und Sicherungen des Angeschuldigten.

I. Allgemeines.

1. Wenn die gerichtliche Strafverfolgung vom Untersuchungsrichter durch Ueberweisung an den Einzelrichter eröffnet wird, so kommen dem Verdächtigten keine Mitwirkungsrechte und keine Parteirechte zu (StrV 88, Ziff. 2).

2. Erfolgt dagegen die Ueberweisung an das urteilende Gericht nach Durchführung einer Voruntersuchung, so findet ein eigentliches *Ueberweisungsverfahren* statt, in welchem dem Angeschuldigten einzelne Rechte zustehen.

Jeder Ueberweisungsbeschluss muss eine ausdrückliche Verfügung darüber enthalten, ob ein verhafteter Angeschuldigter in Haft belassen oder aus der Haft zu entlassen oder ob ein nicht verhafteter Angeschuldigter in Haft zu setzen ist (StrV 206). Wenn ein Aufhebungsbeschluss erfolgt, ist der verhaftete Angeschuldigte unverzüglich freizulassen (StrV 199). Eine vorläufige Freilassung hat während dem Ueberweisungsstadium zu erfolgen, wenn der Verhaftungsgrund wegfällt (StrV 127). Der Angeschuldigte kann auch während dem Ueberweisungsverfahren jederzeit ein Gesuch um Freilassung eingeben [1]).

Im Aufhebungsbeschluss ist auch darüber zu bestimmen, ob die beschlagnahmten Gegenstände dem Eigentümer zurückzugeben sind (StrV 199, Abs. 5).

Im übrigen ist die Stellung des Angeschuldigten im Ueberweisungsverfahren verschieden, je nachdem, ob die Beschlussfassung durch Untersuchungsrichter und Bezirksprokurator oder durch die Anklagekammer erfolgt.

II. Ueberweisung durch Untersuchungsrichter und Bezirksprokurator.

1. Ob dem Angeschuldigten bei den mit zeitlichem Zuchthaus ohne bestimmte Mindestdauer oder mit Gefängnis bedrohten Fällen während der Aktenzirkulation zwischen dem Untersuchungsrichter und dem Bezirksprokurator das *Akteneinsichtsrecht* zustehe, wird im StrV nicht ausdrücklich bestimmt.

[6]) Jaeggi S. 13.
[1]) Jaeggi S. 29.

Nach dem formellen Aktenschluss brauchen die Untersuchungsakten nicht mehr geheim gehalten zu werden. Die Verteidigungspartei hat jedoch vor Schluss der Voruntersuchung, wie auch im Vorbereitungsstadium der Hauptverhandlung, ausreichend Gelegenheit, die Akten einzusehen. Die Frage, ob dem Angeschuldigten während des Ueberweisungsverfahrens das Akteneinsichtsrecht zustehe, entbehrt deshalb jeder praktischen Bedeutung. Das Ueberweisungsstadium nach StrV 184 ff. wird ohne Einmischung der Parteien durchgeführt. Es nehmen die Ueberweisungsbehörden auch keine eigentliche Untersuchungshandlungen vor, sondern entscheiden nur darüber, ob eine Ueberweisung an das urteilende Gericht oder eine Aufhebung der Untersuchung zu erfolgen habe. Da das Recht auf Akteneinsicht für den Angeschuldigten während des Ueberweisungsverfahrens nicht notwendig ist, ist ein solches Recht durch das Gesetz auch nicht gewährt [2]).

2. Der Angeschuldigte kann nach erfolgtem Aktenschluss keine *Anträge auf Ergänzung der Untersuchung oder auf bestimmte Beweismassnahmen* mehr stellen [3]). Das Ueberweisungsverfahren ist ein Verfahren zwischen Untersuchungsrichter und Bezirksprokurator, wobei den Parteien nach StrV 184 ff. kein Mitwirkungsrecht zukommt. Nur der Bezirksprokurator kann die Akten kraft seiner Stellung als dem Untersuchungsrichter übergeordnete Behörde an diesen zurückweisen und die Vornahme weiterer Untersuchungsmassnahmen anordnen (StrV 185, Abs. 3). Der Angeschuldigte hat während der Voruntersuchung und während dem Hauptverfahren ein Antragsrecht, so dass die Gewährung eines Antragsrechtes während der Ueberweisung nicht notwendig ist [4]).

3. Der *Verkehr* des verhafteten Angeschuldigten mit seinem Verteidiger ist zulässig (StrV 97) [5]).

4. Da der Ueberweisungsbeschluss nicht über den Strafanspruch des Staates und auch nicht über die Frage der Schuld oder Unschuld des Angeschuldigten entscheidet, sondern lediglich über die Fortsetzung des Verfahrens, brauchen dem Angeschuldigten keine *Rechtsmittel* zuzustehen (StrV 191) [6]). Der Angeschuldigte hat es in der Hand, sich im Hauptverfahren gegen die ihm zur Last gelegte Straftat zu verteidigen, und es braucht nicht schon im Ueberweisungsverfahren eine umständliche Anfechtung eines Aufhebungs- oder Ueberweisungsbeschlusses stattzufinden. Der Angeschuldigte hat deshalb grundsätzlich weder gegen einen Ueberweisungsbeschluss, noch gegen einen Aufhebungsbeschluss ein Rekursrecht (StrV 187 und 191). Dem Angeschuldigten steht ein Rekursrecht nur dann zu, wenn er durch die Auflage von Kosten beschwert ist, und in bezug auf den Entscheid über die Entschädigung, wenn der Gegenstand der Voruntersuchung im Sinne von StrV 305 appellabel ist (StrV 188, 189).

Dagegen schneidet die Aufhebung der Untersuchung dem Privatkläger alles weitere ab, so dass es angebracht ist, ihm gegen den Aufhebungsbeschluss

[2]) Lanz S. 138; a. M. Jaeggi S. 28; Bloch S. 75.
[3]) a. M. (ohne Begründung) Bloch S. 75.
[4]) StrV 231, 250, Abs. 2, 268, Abs. 5, 185.
[5]) Bloch S. 75; Jaeggi S. 28.
[6]) Jaeggi S. 37.

ein Rekursrecht einzuräumen, sobald eine mit Freiheitsstrafe bedrohte Straftat Gegenstand der Untersuchung bildet. Während im Ueberweisungsverfahren sonst weitgehend Gleichheit zwischen den Parteien herrscht, wird die Gleichheit in bezug auf das Rekursrecht nicht aufrechterhalten. Es ist aber nicht ungerecht, wenn nur dem Privatkläger ein Rekursrecht gegen Aufhebungsbeschlüsse in schweren Fällen gewährt wird, während dem Angeschuldigten ein solches Rekursrecht nicht zusteht [7]).

III. Ueberweisung durch die Anklagekammer.

Die Anklagekammer kennt die Strafuntersuchung nicht aus eigener Tätigkeit, wie die Ueberweisungsbehörden nach StrV 184 ff. Da bei der Ueberweisung nach StrV 192 ff. auch grössere Interessen des Angeschuldigten auf dem Spiele stehen, scheint es zweckmässig, dem Angeschuldigten die Möglichkeit zu geben, zum Untersuchungsergebnis in bestimmter Weise Stellung zu beziehen [8]).

1. Der Angeschuldigte hat das Recht, in einer schriftlichen Eingabe die Ergebnisse der Untersuchung zu erörtern, um dadurch eine Ueberweisung an das Gericht höherer sachlicher Zuständigkeit möglichst abzuwenden. Bei der Ueberweisung durch die Anklagekammer hat der Staatsanwalt einen schriftlichen Antrag zu stellen. Es entspricht deshalb die Gewährung der *Einlegung eines Memorials* dem Prinzip des gegenseitigen rechtlichen Gehörs (StrV 192, 193). Der Angeschuldigte ist damit dem Staatsanwalt noch nicht gleichgestellt (StrV 194, Abs. 2) [9]). In dem zur Erörterung der Resultate der Untersuchung dienenden Memorial kann der Angeschuldigte auch einen Antrag auf Ergänzung der Untersuchung stellen. Damit steht ihm das Antragsrecht sowohl gegen Ende der Voruntersuchung wie auch im Ueberweisungsverfahren und im Hauptverfahren zu.

2. Damit dem Angeschuldigten die Einreichung einer schriftlichen Eingabe ermöglicht wird, steht ihm vom Zeitpunkt des Empfangs der Mitteilung über den erfolgten Aktenschluss während acht Tagen ein *Akteneinsichtsrecht* zu. Er kann auch vor Ablauf dieser Frist ein begründetes Fristverlängerungsgesuch beim Untersuchungsrichter einreichen. Die Bewilligung einer angemessenen Fristverlängerung steht im freien Ermessen des Untersuchungsrichters [10]). Nach Einsendung der Akten an die Anklagekammer ist das Akteneinsichtsrecht nicht mehr gegeben [11]).

3. Der *Verkehr* des verhafteten Angeschuldigten mit seinem Verteidiger ist auch während des Ueberweisungsstadiums zulässig [12]).

4. Gegen einen Aufhebungs- oder Ueberweisungsbeschluss der Anklagekammer ist kein *Rekurs* zulässig.

[7]) Thormann: Bericht S. 20; Meyer Hugo S. 34. Die Gleichstellung von Angeschuldigtem und Privatkläger wurde indessen diskutiert. Vgl. z. B. Thormann: Notizen S. 9.
[8]) Lanz S. 140.
[9]) Jaeggi S. 30; Lanz S. 141.
[10]) a. M.: Jaeggi S. 65.
[11]) Bloch S. 75.
[12]) Jaeggi S. 28; Bloch S. 75.

V. KAPITEL.

Das Hauptverfahren.

§ 17. Aufbau des Hauptverfahrens.

I. Allgemeines.

Das Hauptverfahren ist die für das Urteil massgebende gerichtliche Verhandlung und dient zur endgültigen Feststellung des Strafanspruches sowohl nach Inhalt als auch nach Mass. Das Hauptverfahren ist kein einheitliches Prozeßstadium, sondern zerfällt in die Vorbereitung der Hauptverhandlung und in die Hauptverhandlung. Während das Vorbereitungsstadium der Ansetzung der Hauptverhandlung, der Ladung der Parteien und Zeugen, der Herbeischaffung des Beweismaterials und bei den in die Zuständigkeit der Geschworenen gehörenden Fällen speziell noch der Bildung des Gerichtes dient, soll in der Hauptverhandlung durch freie Entfaltung der Mittel des Angriffs und der Verteidigung in kontradiktorischer Form und unmittelbarer Erkenntnis aus den Beweismitteln die Strafsache ihre Entscheidung erhalten. Für die Betrachtung der Stellung des Angeschuldigten können diese zwei Abschnitte zusammengefasst werden. Da das erste Stadium der Vorbereitung des zweiten dient, kommt nur der Hauptverhandlung selbständige Bedeutung zu.

Die Hauptverhandlung des StrV ist nicht blosse Scheinverhandlung wie im mittelalterlichen Inquisitionsprozess. Nur das, was in der Hauptverhandlung vorgebracht wird, dient als Grundlage des Urteils. Die Hauptverhandlung wird von den Grundsätzen der *Mündlichkeit* [1]), der *Oeffentlichkeit* [2]), der *Unmittelbarkeit* [3]) und möglichster *Kontinuität* beherrscht. Diese Prinzipien werden aber nicht in starrer Weise durchgeführt, und es sollen nicht durch « Festhalten an allen Konsequenzen dieser Gestaltungsprinzipien Nichtigkeitsgründe geschaffen werden, die nur das juristische Gewissen des Theoretikers, nicht aber die praktischen Bedürfnisse befriedigen » [4]). — Eine aus Zweckmässigkeitsgründen für die Beurteilung bestimmter kleiner Vergehen und Uebertretungen eingeführte Sondererscheinung bildet das Strafmandatverfahren (StrV 219 ff.). Das Strafmandatverfahren bildet eine gesetzgebungspolitisch nicht unbedenkliche Ausnahme von den Grundsätzen der Mündlichkeit, Oeffentlichkeit und Un-

[1]) Unter dem Prinzip der *Mündlichkeit* der Hauptverhandlung wird der Grundsatz verstanden, dass dem Urteil eine mündliche Hauptverhandlung vorangehe und der Richter sein Urteil ausschliesslich auf diese Verhandlung gründe. Dieses Prinzip bildet für den Angeschuldigten eine wichtige Garantie: Statt dass das Gericht auf Grund der Akten entscheidet, muss sich seine Erkenntnis auf den unmittelbaren Gesamteindruck der Beweismittel stützen, so wie dieselben in der Hauptverhandlung vorgeführt werden (Zürcher S. 38; von Dach S. 82).

[2]) Begriff der Oeffentlichkeit s. § 10, I, der vorliegenden Arbeit.

[3]) Begriff der Unmittelbarkeit s. § 8, II, 2, dieser Arbeit.

[4]) Thormann: Bericht S. 27.

mittelbarkeit. So ist im Strafmandatverfahren die Möglichkeit gegeben, dass die Vorschriften von StGB 48, Ziff. 2 über die Festsetzung des Betrages einer Busse nicht richtig befolgt werden können. Das Einspruchsrecht des Staatsanwaltes gegen ein ausgefälltes Strafmandat soll dazu dienen, offenkundige Ungerechtigkeiten auch ohne Einspruch des Angeschuldigten zu beheben.

Die Hauptverhandlung hat ein akkusatorisches Gepräge, bleibt aber ihrem innern Wesen nach trotzdem gemischter Prozess [5]). Für die Anklage, Verteidigung und Beurteilung sind weitgehend verschiedene Personen bestimmt. Auch wenn der Staatsanwalt nicht erscheint, wickelt sich die Hauptverhandlung als geregeltes Verfahren ab, in welchem dem Angeschuldigten prozessuale Rechte zustehen [6]).

II. Das Prinzip der Waffengleichheit.

Es stehen sich in der Hauptverhandlung die durch den Staatsanwalt und den Privatkläger gebildete Angriffspartei und die Verteidigungspartei gegenüber. Für dieses gegenseitige Verhältnis hat der Anklageprozess das Schlagwort der Waffengleichheit herausgebildet. Durch das Prinzip der Waffengleichheit wird der Grundsatz ausgedrückt, dass beide Parteien im Prozess hinsichtlich der Aufstellung ihrer Behauptungen und der Herbeischaffung der Beweismittel dieselben Rechte besitzen sollen. Das StrV hat dieses Prinzip in der Weise anerkannt, dass das Angriffsrecht gegenüber dem Defensionsrecht nicht privilegiert werden soll. Eine völlige Gleichstellung zwischen den Parteien ist aber aus natürlichen Gründen nicht verwirklicht worden. Ueberall da, wo die besondere Lage und Aufgabe einer Partei Ausnahmen von der Waffengleichheit erfordert, wird vom Prinzip abgewichen. Das Prinzip der Waffengleichheit kann formell und materiell verwirklicht werden:

a) Die *materielle Waffengleichheit* verlangt, dass die prozessuale Stellung der Parteien derartig sei, dass keine den Ausfall des Urteils in irgendwelchem Grade ihrer bessern prozessualen Stellung zu verdanken hat, und dass jeder Partei deshalb die volle Möglichkeit gegeben werden muss, durch sachliche Gründe auf das Urteil einzuwirken. Materielle Waffengleichheit mit dem Staatsanwalt erwirbt der Angeschuldigte durch die Möglichkeit, einen Verteidiger beizuziehen [7]). Gleichwohl kann von einer völligen materiellen Waffengleichheit zwischen Angeschuldigtem und Staatsanwalt nicht gesprochen werden. Denn die Staatsanwaltschaft hat der Erbringung der materiellen Wahrheit zu dienen und wird damit über eine Prozesspartei hinaus erhoben. Tatsächlich geniesst der Staatsanwalt beim Gericht in weit höherem Masse Autorität und Vertrauen, als der persönlich beteiligte Angeschuldigte und sein Verteidiger [8]).

b) Das Prinzip der *formellen Waffengleichheit* besagt, dass die Parteien auch rein formell in der gerichtlichen Verhandlung gleichgestellt werden. Die

[5]) Vgl. z. B.: StrV 283; a. M.: Krauer S. 20.
[6]) Zachariae Bd. II, S. 75.
[7]) Thormann: Ueber die amtliche Verteidigung, Z. 40, S. 264.
[8]) Trüssel S. 157.

formelle Waffengleichheit zwischen den Parteien ist weitgehend verwirklicht: StrV 229, 231, 250, 238, 249, 287, 247, 252, 291, 228, 244, 218, 46, 47, 236 und 232. Eine nur scheinbare Ausnahme bildet StrV 268 [9]). Eine Ausnahme der formellen Waffengleichheit zugunsten der Staatsanwaltschaft bilden: StrV 267, 218, 260 ff. und 235. Eine Ausnahme zugunsten des Angeschuldigten gegenüber dem Staatsanwalt findet sich in StrV 252, Abs. 3, und Ausnahmen zugunsten des Angeschuldigten gegenüber dem Privatkläger sind vorgesehen in StrV 42, 44, 278 und 285[10]).

§ 18. Die Stellung des Angeschuldigten[11]).

Wesentliches Erfordernis der richtigen Erforschung und Erkenntnis der materiellen Wahrheit und eines gerechten Urteils bildet das rechtliche Gehör des Angeschuldigten. Es ergeben sich die meisten prozessualen Rechte des Angeschuldigten im Hauptverfahren aus dem Grundsatze des rechtlichen Gehörs und den Prinzipien der Mündlichkeit, Parteiöffentlichkeit und Unmittelbarkeit.

I. Recht auf Anwesenheit.

1. Der Angeschuldigte hat ein *Recht auf Anwesenheit* in der Hauptverhandlung, gleichgültig ob er sich in Freiheit, in Haft oder bereits in der Strafanstalt befindet (StrV 235, 236 und 123). Nur für die Hauptverhandlung in Jugendrechtssachen lässt das Gesetz Ausnahmen von dem Recht auf Anwesenheit des Angeschuldigten zu (EG zum StGB 52 Ziff. 6). Da der Angeschuldigte nicht nur Partei, sondern auch Auskunftsperson ist, hat er neben dem Recht auf Anwesenheit auch eine unechte Pflicht, zur Hauptverhandlung zu erscheinen. Eine Vertretung ist nur bei Alter, Krankheit, grosser Entfernung des Aufenthaltsortes oder andern erheblichen Gründen zulässig (StrV 235).

Wenn sich der Angeschuldigte des Rechtes auf Anwesenheit unwürdig erweist, kann er, in Anwendung der Sitzungspolizei, von der Verhandlung ausgeschlossen werden (StrV 236, Abs 3). Dieser Ausschluss darf aber erst nach einer vorherigen zweimaligen Warnung und dem bei dieser Warnung geltend gemachten Hinweis, dass die Verhandlung auch nach dem Ausschluss fortgesetzt werden könne, erfolgen. Diese Formvorschrift bildet für den Angeschuldigten eine Garantie dafür, dass er nicht ohne weiteres wegen einer vielleicht im Uebereifer gefallenen Aeusserung von der Verhandlung ausgeschlossen wird.

2. Aus dem Recht auf ununterbrochene Anwesenheit während der ganzen Hauptverhandlung ergibt sich ein Recht der Verteidigungspartei, ein *Verschiebungsgesuch* zu stellen, wenn wegen Krankheit, Militärdienst oder Zusammenfallen mit einem andern gerichtlichen Termin der Angeschuldigte oder sein Verteidiger

[9]) Vgl. Lanz S. 116 und Anm. 1 zu § 15 der vorliegenden Arbeit.
[10]) Bloch S. 13; von Kries S. 278; Rosenfeld S. 22 f.
[11]) Neben den nachstehend angeführten speziellen Rechten des Angeschuldigten in der Hauptverhandlung finden in diesem Verfahrensstadium auch die allgemeinen, bereits in den §§ 9—14 der vorliegenden Arbeit angeführten Rechte (wie z. B. das Recht auf gebührliche Behandlung), Anwendung.

verhindert sind, an der festgesetzten Hauptverhandlung teilzunehmen (StrV 232). Ueber die Verschiebungsgesuche entscheidet der Richter nach freiem Ermessen. Ein Gesuch soll aber immer berücksichtigt werden, wenn darin irgend ein triftiger Grund angeführt wird, da sonst die Rechte auf Anwesenheit und Verteidigung illusorisch gemacht würden [1]). Die Prioritätswirkung jeder Verhandlungsansetzung gegenüber privaten Interessen der Parteien wirkt sich dahin aus, dass nur bei wesentlichen Hinderungsgründen einem Verschiebungsgesuch stattgegeben wird. Neben der Bedeutung des Straffalles spielen dabei auch die mit der Verschiebung für die Gegenpartei und die Zeugen zusammenhängenden Unzukömmlichkeiten eine Rolle.

Der Angeschuldigte oder sein Verteidiger können ein Gesuch um Unterbrechung oder Aussetzung der Hauptverhandlung stellen, wenn faktische Gründe die dauernde Anwesenheit verunmöglichen oder eine Aussetzung wegen neuen Beweismassnahmen erforderlich ist.

3. Das Recht auf Anwesenheit hat selbständigen Charakter. Auch wenn der Angeschuldigte wegen ungebührlichem Betragen aus dem Gerichtssaal gewiesen wird, bleibt dem *Verteidiger* das Recht auf Anwesenheit gewahrt. Aus dem Recht des Angeschuldigten auf Verbeiständung ergibt sich bei Abwesenheit eines gewillkürten oder amtlichen Verteidigers die Notwendigkeit, die Hauptverhand-, lung zu verschieben oder einen neuen amtlichen Verteidiger zu bestellen [2]) (arg. aus StrV 40 und 42).

II. Aktives rechtliches Gehör.

1. Der Angeschuldigte hat ein *Recht, von allen Prozesshandlungen informiert zu werden* (StrV 228, 244, 245). Es ist ihm der Termin der Hauptverhandlung, jede Fortsetzung derselben, das Stattfinden rogatorischer Abhörungen und eines gerichtlichen Augenscheins bekanntzugeben. Für das Hauptverfahren vor Geschworenengericht ist dem Angeschuldigten ausserdem eine Liste der herausgelosten Geschworenen zuzustellen (StrV 269). Auf sein Verlangen ist ihm die Besetzung des Gerichtes für seinen Fall bekannt zu geben (StrV 35). Dem Angeschuldigten ist das Urteil mündlich zu begründen und dem Ausgebliebenen die Urteilsformel innerhalb 10 Tagen seit der Verkündigung zu notifizieren (StrV 216, 218).

2. Der Angeschuldigte hat während der Vorbereitung der Hauptverhandlung sowie während jeder Unterbrechung der Verhandlung ein *Recht auf Akteneinsicht* (StrV 229). Die Akteneinsicht umfasst die Einsicht in alle schriftlichen Ein-

[1]) Lanz S. 147; Waiblinger N 1 zu Art. 332.

[2]) Vgl. Krauer S. 116; a. M.: Lanz S. 150. Lanz macht geltend, dass im Falle, wo der Angeschuldigte zwar einen Verteidiger gewählt hat, dieser aber nicht erscheint, diese Tatsache ihre Wirkungen einzig im Verhältnis zwischen Anwalt und Auftraggeber äussern kann, gegenüber dem Gericht aber keinen Anspruch auf Verschiebung des Termins begründet. Demgegenüber ist festzuhalten, dass das Recht auf Verteidigung ein Fundamentalrecht ist und es verfehlt wäre, den Angeschuldigten, der einen Verteidiger bestellt hat, die zufällige Abwesenheit seines Anwaltes entgelten zu lassen und trotz seiner Hilflosigkeit zu einem Urteil zu schreiten.

gaben und Anträge des Prozessgegners, die Protokolle der Polizeiorgane, des Untersuchungsrichters und des urteilenden Gerichtes sowie die schriftlich getroffenen richterlichen Verfügungen. In Geschworenengerichtssachen steht dem Angeschuldigten das Akteneinsichtsrecht persönlich nicht zu, sondern nur seinem gewillkürten oder amtlichen Verteidiger (StrV 268, Abs. 5).

Das Recht auf Akteneinsicht dient der Verteidigungspartei zur Vorbereitung der Verteidigung in der Hauptverhandlung. Die Akten müssen deshalb auf der Gerichtsschreiberei des Verhandlungsortes während der Ladungsfrist den Parteien zur Verfügung gehalten werden. Die Praxis lässt die Herausgabe der Akten an den Verteidiger, nicht aber an den Angeschuldigten persönlich zu [3]). Der Gerichtsschreiber hat dem Angeschuldigten die Akteneinsicht auch ohne Bewilligung des Richters zu gestatten, da dem Angeschuldigten, im Gegensatz zu der Voruntersuchung, die Akteneinsicht ohne weiteres zusteht [4]). Wenn die Verteidigungspartei das prozessuale Recht der Akteneinsicht missbraucht, um z. B. Beweismittel zu entfernen, darf das Akteneinsichtsrecht nicht vollständig entzogen werden, sondern es hat nur eine strengere Aufsicht und gegen den Anwalt eventuell ein Disziplinarverfahren stattzufinden [5]).

III. Recht auf Verkehr mit Verteidiger.

Der Angeschuldigte hat sowohl während der Vorbereitung der Hauptverhandlung, wie auch in der Hauptverhandlung selber, ein Recht auf Verkehr mit seinem Verteidiger (StrV 97). Es darf sich der Angeschuldigte mit dem Verteidiger in der Gerichtssitzung in vollständig freier Weise besprechen. Dadurch soll aber die Verhandlung nicht gestört werden. Nötigenfalls kann die Verteidigungspartei eine kurze Unterbrechung der Sitzung verlangen. Diese Rechte müssen anerkannt werden, da eine wirksame Verteidigung nur möglich ist, wenn eine ständige Fühlungnahme zwischen Verteidiger und Angeschuldigtem besteht [6]).

IV. Passives rechtliches Gehör.

1. Das passive rechtliche Gehör in der Hauptverhandlung besteht zunächst in einem *Recht des Angeschuldigten, von dem zuständigen Richter gehört zu werden.* Diesem Recht entspringt der Einwand der mangelnden örtlichen Zuständigkeit, die Einrede der mangelnden sachlichen Kompetenz des Richters, die vorfrageweise Geltendmachung der unrichtigen Besetzung des Gerichts, das Recht, Unfähigkeits- und Ablehnungsgründe geltend zu machen, sowie das Ablehnungsrecht von Geschworenen bei der Bildung des Geschworenengerichts nach Bereinigung der Liste [7]).

2. Der Angeschuldigte hat ein *Recht, abgehört zu werden* (StrV 242, 226, 289). Dieses Recht bildet einen Ausfluss des Grundsatzes der Unmittelbarkeit, und

[3]) Lanz S. 144; Waiblinger N 1 zu Art. 229.
[4]) StrV 96 und 229.
[5]) Lanz S. 144.
[6]) Krauer S. 117; Lanz S. 147, 152.
[7]) StrV 29—31, 238, 32, 33, 278.

es soll dadurch erreicht werden, dass das Gericht von den Aussagen des Angeschuldigten eine eigene Wahrnehmung erhält. Vom Parteivortrag unterscheidet sich die Abhörung dadurch, dass ersterer nach Schluss des Beweisverfahrens erfolgt, während die Abhörung zu Beginn des Beweisverfahrens vorgenommen wird. Im Strafmandatverfahren findet eine Abhörung nicht statt (StrV 219 ff.).

3. Der Angeschuldigte hat ein Recht, im Anschluss an alle Abhörungen an die abgehörten Personen Fragen stellen zu lassen, über deren Zulassung das Gericht in einer prozessleitenden Verfügung endgültig entscheidet. Diese Entscheidung kann nicht selbst zum Gegenstand einer Vor- oder Zwischenfrage gemacht werden, noch ist gegen die Verfügung ein selbständiges Rechtsmittel gegeben (StrV 247, 289) [8]). Auch dem verteidigten Angeschuldigten kommt ein selbständiges *Fragerecht* zu.

4. Das *Recht auf Beweisanträge* des Angeschuldigten besteht in der Befugnis, unter Angabe der Gründe die Vorladung von Zeugen, die Herbeischaffung oder Herausgabe von Urkunden und überhaupt die Anordnung weiterer Beweismassnahmen zu beantragen (StrV 231, 250). Das Antragsrecht steht dem Angeschuldigten in Geschworenenfällen nicht persönlich, sondern nur durch die Vermittlung seines Verteidigers zu (StrV 268, Abs. 4 und 5, 271) [9]).

Das Recht auf Beweisanträge steht dem Verteidiger in Geschworenenfällen vom Zeitpunkt der Fertigstellung der Anklageschrift durch den Bezirksprokurator zu (StrV 268). In allen übrigen Fällen hat die Verteidigungspartei das Beweisantragsrecht vom Zeitpunkte an, in welchem sie von der Ansetzung der Hauptverhandlung Kenntnis erhält (StrV 231). Das Recht kann solange ausgeübt werden, als das Beweisverfahren noch nicht geschlossen ist. Nach Schluss des Beweisverfahrens kann das Gericht ausnahmsweise von Amtes wegen oder auf Parteiantrag hin dasselbe wieder eröffnen.

Ueber gestellte Beweisanträge entscheidet während der Vorbereitung der Hauptverhandlung der Vorsitzende des Gerichtes nach freiem Ermessen. Alle während der Vorbereitung der Hauptverhandlung abgewiesenen Anträge können in der Hauptverhandlung wiederholt werden. Wird ein Beweisantrag während des Vorbereitungsstadiums abgewiesen, kann der Angeschuldigte auch den z. B. von ihm vorgeschlagenen Zeugen zur Hauptverhandlung mitbringen, damit das Gericht den Zeugen gerade zur Hand hat für den Fall, dass in der Hauptverhandlung dem wiederholt gestellten Antrag entsprochen wird. In der Hauptverhandlung entscheidet das Gericht endlich über solche Beweisanträge. Wird jedoch das Verfahren durch die Appellation weitergezogen, so bleibt die Möglichkeit der Ueberprüfung der gestellten Anträge durch den Appellationshof vorbehalten (StrV 316).

5. Der Angeschuldigte hat ein *Recht, auf jede Abänderung der Beschuldigung seine Erklärungen und Verteidigung zu geben.* Eine Verurteilung des Angeschuldigten auf Grund anderer Strafbestimmungen als der im Ueberweisungs-

[8]) Lanz S. 150; ZbJV 57 S. 532.
[9]) Lanz S. 146.

beschluss angeführten darf nicht erfolgen, ohne dass der Angeschuldigte, wenn er anwesend ist, zuvor vom Gerichtspräsidenten auf die Veränderung der rechtlichen Gesichtspunkte hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben worden ist (StrV 255) [10]).

Eine Ausdehnung der Strafverfolgung auf andere strafbare Handlungen des Angeschuldigten kann unter Beobachtung obiger Bestimmungen nur durch den Untersuchungsrichter und den Gerichtspräsidenten erfolgen (StrV 101, 251). Vor dem Amtsgericht bedarf die Ausdehnung der Strafverfolgung eines Gerichtsbeschlusses und der Zustimmung der anwesenden Parteien, und vor dem Geschworenengericht ist eine Ausdehnung überhaupt ausgeschlossen.

Eine Ausdehnung der Strafverfolgung oder eine Abänderung der Beschuldigung berührt die Interessen des Angeschuldigten weitgehend, so dass Schutzbestimmungen für den Angeschuldigten notwendig waren [11]).

6. Neben dem Beweisantragsrecht steht dem Angeschuldigten noch ein *formelles und materielles Antragsrecht zu* [12]). Das formelle Antragsrecht besteht im Recht, Vor- oder Zwischenfragen aufzuwerfen. Gegenstand einer Vorfrage kann jede Prozessvoraussetzung und jeder andere Mangel oder sonstiges Hindernis des Verfahrens sein [13]). Das materielle Antragsrecht besteht in dem Recht, einen Schlussvortrag zu halten, in welchem begründete Anträge gestellt werden können. Der Angeschuldigte kann auf das formelle und materielle Antragsrecht ganz oder zum Teil verzichten und dem Richter die Würdigung der Prozessvoraussetzungen und der Tat überlassen, denn die Verteidigung ist ein Recht und keine Pflicht des Angeschuldigten.

Das *Plädoyer* bildet das wichtigste und wirksamste Verteidigungsmittel. Der Schlussvortrag gibt dem Angeschuldigten die Möglichkeit, die gegen ihn vorgebrachten Beweise zu entkräften und sich in zusammenfassender Weise vor dem urteilenden Gericht zu verteidigen. Im Schlussvortrag soll die Tat in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung erörtert werden, dagegen sollen Beweismittel vorher angebracht werden [14]). Es bleibt aber jedes Plädoyer leerer Wortschall, wenn es sich nicht auf früher gesammelte stichhaltige Beweisgründe stützt. Das Mitwirkungsrecht des Angeschuldigten an den Beweisaufnahmen während der Voruntersuchung und der Hauptverhandlung hat denn auch den Zweck zu verhindern, dass dem Urteil Beweise zugrunde gelegt werden, an deren Aufnahme der Angeschuldigte nicht beteiligt war [15]).

Jede Partei hat das Recht auf einen zweiten Schlussvortrag; der Angeschuldigte oder sein Verteidiger haben dieses Recht jedoch nur, wenn die Angriffspartei repliziert. Ist der Angeschuldigte verteidigt, so kommt das Recht auf den Schlussvortrag einzig dem Verteidiger zu und nicht dem Angeschuldigten und seinem Verteidiger. Dagegen wäre es denkbar, dass ein von einem Anwalt

[10]) Waiblinger N 1 zu Art. 255.
[11]) Bloch S. 88; Lohsing S. 346.
[12]) StrV 238, 252, 287, 295.
[13]) Lohsing S. 291; Waiblinger N 3 zu Art. 238.
[14]) von Kries S. 452.
[15]) Vargha S. 132.

assistierter Angeschuldigter seinen Parteivortrag selber hält. Ein mehrfacher Schlussvortrag in der Weise, dass von mehreren zugelassenen Verteidigern jeder einzelne in derselben Sache zweimal das Wort ergreift, ist unstatthaft. Möglich ist aber eine Arbeitsteilung zwischen mehreren zugelassenen Verteidigern in der Weise, dass einer die tatsächlichen und der andere die rechtlichen Ausführungen macht oder der eine wegen diesem und der andere wegen eines andern Deliktes den Schlussvortrag hält [16]).

7. Der verteidigte Angeschuldigte hat nach den Parteivorträgen das *Recht auf das letzte Wort.* Er ist nach dem letzten Schlussvortrag anzufragen, ob er selber noch etwas vorzubringen habe (StrV 252, 291, 295). Es ist für den Angeschuldigten jedoch unzweckmässig, durch ein längeres Gerede die Wirkung der Verteidigungsrede herabzusetzen. Zweckmässigerweise wird das letzte Wort nur dazu benützt, um ein mildes Urteil zu erbitten, seiner Reue Ausdruck zu geben oder auch Unrichtigkeiten im Parteivortrag des Anwaltes richtigzustellen.

§ 19. Das Kontumazialverfahren.

1. Nach unserer heutigen Anschauung darf das Gericht über einen Abwesenden nicht in summarischer, strenger Weise urteilen. Denn es kann eine Flucht auch aus andern Gründen erfolgt sein als wegen dem Schuldgefühl. Im Ungehorsam gegen eine Vorladung darf nicht ein Geständnis für die Schuld präsumiert werden. Die Tatsache der Flucht oder Entweichung lässt nur auf den Willen, sich dem Verfahren zu entziehen, nicht aber auf die Schuld des Geflüchteten schliessen [1]). Es muss jedem Angeschuldigten eine Möglichkeit gegeben werden, sich gegen den Schuldbeweis zu verantworten. Ein Verfahren gegen Abwesende muss deshalb die Ausnahme bilden. Es widerspricht die Verurteilung eines Menschen, der überhaupt nie gehört wurde, der Gerechtigkeit. Auch die Einwendung, dass wegen dem Ungehorsam des Angeschuldigten ein strengeres Verfahren angewendet werden dürfe, ist unstichhaltig, denn es kann eine Flucht auch aus persönlichen Gründen, Mangel von Vertrauen gegenüber dem Gericht oder Furcht vor dem Verfahren erfolgen. Der Staat muss gerechte Urteile erstreben. Wegen des Ungehorsams darf kein ungerechtes Urteil erfolgen [2]).

2. Das StrV hat kein besonderes Kontumazialverfahren herausgebildet, wie es in ältern Gesetzen besteht. Die Regelung des Verfahrens gegen Abwesende ergibt sich aus dem Prinzip des rechtlichen Gehörs und dem Recht auf Anwesenheit. Zudem ist bei jedem Verfahren gegen Abwesende zu berücksichtigen, dass die materielle Wahrheit nur mit Mühe einigermassen hergestellt werden kann und die Strafvollstreckung gegen den Kontumax problematisch ist.

Eine Hauptverhandlung gegen einen Abwesenden ist überall da ausgeschlossen, wo die persönliche Anwesenheit des ausgebliebenen Angeschuldigten nach der Sachlage notwendig ist und eine Vorführung sofort oder auf eine spätere

[16]) Lanz S. 99; Lohsing S. 348.
[1]) Gertsch Max: Das Kontumazialverfahren. Diss. Bern, 1917. S. 34; Marcy S. 319.
[2]) Kolb S. 18.

Sitzung des Gerichts möglich ist (StrV 204, 236). Ein Kontumazialverfahren sollte ferner nicht durchgeführt werden, wenn der Angeschuldigte überhaupt nie zur Sache einvernommen werden konnte [3]). Insbesondere bei schweren Verbrechen soll die Rechtsfolge der Strafe nicht ausgesprochen werden, ohne dass der Angeschuldigte wenigstens einmal verhört wurde. Diesem Grundsatz ist genügt, wenn der Angeschuldigte einmal während der Voruntersuchung oder während der Hauptverhandlung abgehört wurde. Ob für das weitere Verfahren die Anwesenheit des Angeschuldigten unerlässlich ist, hat das Gericht im einzelnen Falle nach freiem Ermessen zu entscheiden [4]). Wenn der Angeschuldigte nach durchgeführter Voruntersuchung entweicht, war ihm Gelegenheit geboten, sich gegen die ihm zur Last gelegte Straftat zu wehren, und es kann in den meisten Fällen auf Grund dieser Abhörung in der Voruntersuchung zu einem Urteil geschritten werden [5]).

Wenn aber ein Verfahren gegen einen Abwesenden durchgeführt wird, darf die Beweisaufnahme nicht eine bloss summarische sein [6]). Der Kontumax hat immer die Möglichkeit, die versäumte Verteidigung nachzuholen durch die Wiedereinsetzung in den frühern Stand (StrV 338).

Ein Verteidiger eines unentschuldigt Abwesenden wird nicht zugelassen. Nur der entschuldigt ausgebliebene Angeschuldigte hat ein Recht, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen [7]). Im Interesse der Gerechtigkeit wäre die Verteidigung des abwesenden Angeschuldigten zuzulassen, aber es sollte nicht so weit gegangen werden, dass in allen Fällen für den Kontumax die formelle Verteidigung als notwendig erklärt würde.

§ 20. Das Recht auf endgültige Beurteilung.

1. Der Grundsatz *ne bis in idem* galt nicht im Inquisitionsprozess, wo das Erstreben materieller Wahrheit auch nach einer bereits rechtskräftig beurteilten Sache ihre Auswirkung ausübte. Erst mit der Französischen Revolution kam der Grundsatz ne bis in idem zur Anerkennung [1]).

Das Verbot der erneuten Strafverfolgung entspricht der Rechtssicherheit, kann aber den Grundsatz der Gerechtigkeit verletzen [2]). Doch handelt es sich bei der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit nicht um zwei einander ausschliessende Rechtspostulate, sondern um zwei Ziele, die gleichermassen erstrebt und verwirklicht werden können. Ein falscher, gegen die Gerechtigkeit verstossender Entscheid kann gefällt werden, wenn sich die Ueberweisungsbehörde oder der Richter irrt, den Tatbestand unrichtig würdigt oder aus Rechtsunkenntnis

[3]) Waiblinger N. 1 zu Art. 236.
[4]) Löwe N 5 zu § 230.
[5]) Zachariae Bd. II S. 392.
[6]) Waiblinger N 1 zu Art. 236; Gertsch a. a. O. S. 109 ff.
[7]) Waiblinger N 3 zu Art. 236; Löwe N 3 zu § 233.
[1]) Chevalier René: Der Grundsatz Ne bis in idem im bernischen Strafverfahren, Diss. Bern, 1941, S. 5.
[2]) Chevalier a. a. O. S. 34.

ein sachlich unrichtiges Urteil fällt. Bei der Beurteilung der Frage, ob in allen diesen Fällen der staatliche Strafanspruch verbraucht sei, müssen von dem Grundsatz des Verbotes erneuter Strafverfolgung gewisse Ausnahmen gemacht werden. Gegen willkürliche Erneuerung des Verfahrens ist aber jeder Freigesprochene geschützt.

2. Das Recht des Angeschuldigten, nicht wegen einer Handlung, die bereits Gegenstand einer Strafverfolgung war, neuerdings verfolgt zu werden, ist in StrV 4 verankert [3]). *Eine spätere Strafverfolgung ist nur dann ausgeschlossen, wenn es sich um die gleiche Person und die gleiche Tat handelt und die Beurteilung der Straftat im ersten Verfahren tatsächlich und rechtlich möglich war.* Wurden nach Abschluss des ersten Verfahrens neue Tatsachen erwahrt, die nicht Gegenstand des ersten Verfahrens bildeten, ist der staatliche Strafanspruch nicht verbraucht. Vom Verbot der erneuten Strafverfolgung sind folgende Ausnahmen vorbehalten:

a) Wiederaufnahme des Verfahrens nach StrV 347 ff.
b) Wiedereröffnung der Untersuchung nach erfolgtem Aufhebungsbeschluss (StrV 203).
c) Spätere Strafverfolgung nach dem Strafmandatsverfahren (StrV 224).

Diese Lösung des Gesetzgebers erfüllt weitgehend die Postulate der Gerechtigkeit und Rechtssicherheit.

[3]) Chevalier a. a. O. S. 42 ff.